

THÈSE DE
NANCY.

18

N^o.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DES
CONSTRUCTIONS

ÉLEVÉES

SUR LE TERRAIN D'AUTRUI

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

EMILE LARCHER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE NANCY

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1894

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. LEDERLIN, *, I.

Doyen honoraire : M. JALABERT *, I.

MM. LEDERLIN *, I, Professeur de Droit romain, Chargé du cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

LOMBARD (Ad.) *, I, Professeur de Droit commercial, et Chargé du cours de Droit international public,

LIÉGEOIS, I, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours de Législation industrielle.

BLONDEL, I, Professeur de Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel. (Doctorat).

BINET, I, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), I, Professeur de Code civil.

GARNIER, I, Professeur d'Économie politique, et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I, Professeur de Droit romain, et chargé du cours de Pandectes.

GARDEIL, I, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, I, Professeur de Procédure civile, et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution).

BOURCART, A, Professeur de Droit constitutionnel et administratif.

GAVET, A, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN, A, Professeur adjoint Chargé du cours de Droit international privé et du cours de Législation commerciale comparée.

LACHASSE, I, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DES

CONSTRUCTIONS

ÉLEVÉES

SUR LE TERRAIN D'AUTRUI

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE PAR

ÉMILE LARCHER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE NANCY

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 11 janvier 1894, à 4 heures du soir.

Président : M. BLONDEL, professeur.

Suffragants : { MM. LEDERLIN, professeur, doyen.
BINET, } professeurs.
BOURCARD, }

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1894



Digitized by the Internet Archive
in 2026

MEIS ET AMICIS

DES CONSTRUCTIONS

ÉLEVÉES SUR LE TERRAIN D'AUTRUI

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT CIVIL ET EN DROIT FISCAL

PRÉFACE

En 1892, la Faculté mettait au concours le sujet suivant :
Etude du droit civil et fiscal relatif aux constructions élevées sur le terrain d'autrui par un possesseur ou détenteur quelconque. Ce sujet nous paraissant intéressant, nous avons essayé de le traiter, et le mémoire que nous avons remis a été couronné d'une seconde médaille d'or.

M. le Professeur Garnier, dans son rapport sur les concours de la Faculté en 1891-1892, apprécie notre travail en ces termes, vraiment trop bienveillants :

« La lecture du mémoire de M. Larcher produit immédiatement cette impression qu'on est en présence d'un travail sérieux, dont l'auteur était en pleine possession de son sujet. Toutes les hypothèses dans lesquelles peut s'élever la question de la détermination des droits respectifs d'un constructeur et du propriétaire du sol y sont examinées,

L.—1

selon une méthode et selon un ordre qui ne laissent rien ou presque rien à désirer. Une division rigoureuse en chapitres, sections, paragraphes et numéros contribue à apporter une grande clarté dans cette œuvre, dont la première partie est consacrée au droit civil, et la seconde au droit fiscal.

« Au point de vue du fond, il y a à signaler, surtout dans la seconde partie, quelques imperfections de détail : lacunes ou hors-d'œuvre, théories hasardées ou erreurs certaines ; ces taches déparent les grandes qualités de l'œuvre qui, dans l'ensemble, est bien conçue, bien organisée dans ses lignes principales, sérieusement travaillée. La forme prête plus à la critique. M. Larcher, en visant sans doute à la simplicité qui convient au langage juridique, a dépassé le but ; son style est trop souvent faible ou négligé ; c'est, avec les imperfections de la seconde partie, la raison pour laquelle la médaille d'or décernée est qualifiée de second prix. »

Nous avons pensé que cette question des constructions élevées sur le terrain d'autrui méritait mieux qu'un simple mémoire, que, prise comme sujet de thèse, revue, remaniée, étudiée à nouveau, elle fournirait matière à un travail ne manquant pas d'intérêt. Conservant le plan général du mémoire, la méthode que la Faculté a bien voulu approuver, nous nous sommes efforcés de faire disparaître les taches, les lacunes, les erreurs, que M. le Professeur Garnier signalait dans son rapport en termes bien indulgents. Nous avons constaté à ce travail de refonte et de revision, les omissions et les fautes véritables que contenait

le mémoire primitif. Reprenant tout le travail, nous l'avons rédigé à nouveau.

Ce qui, dans le mémoire ne constituait — à raison même des termes dans lesquels la Faculté avait formulé le sujet — qu'une brève section du chapitre consacré à l'histoire, est devenu une première partie. En étudiant les textes romains, nous avons trouvé beaucoup à dire sur un délicat conflit dont les Romains avaient compris toute la difficulté. Nous y avons trouvé un exemple de l'évolution des idées juridiques latines : rigueur de l'époque primitive, influence du préteur en faveur de l'équité, triomphe de cette équité dans les constitutions des empereurs.

Reprenant l'ancienne partie de droit civil, nous avons — tout en conservant dans ses grandes lignes le travail primitif, — rectifié un certain nombre de solutions qu'un examen plus attentif de la question nous a démontrées inexactes ; nous avons exposé certaines théories que la rapidité avec laquelle nous avons dû travailler le mémoire, nous avait empêché d'étudier ; nous avons, notamment en ce qui concerne les constructions élevées par le locataire, précisé certains points que nous n'avions fait qu'indiquer. D'autre part, nous avons condensé les développements primitivement donnés à certaines controverses.

La partie de droit fiscal surtout a dû être complètement refondue. Cette question fort intéressante — et aussi délicate qu'intéressante — des droits d'enregistrement, méritait un travail plus sérieux que celui que nous avons pu lui consacrer lors de la rédaction du mémoire. A l'examen détaillé de la question, un grand nombre d'hypothèses très

pratiques se présentent à l'esprit, et leurs solutions ne peuvent se dégager que d'une rigoureuse application des principes du droit.

La thèse que nous présentons aujourd'hui est donc véritablement un travail nouveau. Nous osons espérer que la Faculté l'accueillera avec autant d'indulgence que le mémoire qu'elle a bien voulu couronner.

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias.** — *Précis de Droit romain*, 3^e édition, 2 vol. in-8°, Paris, 1879-1882.
- Agnel et Carré.** — *Code manuel des propriétaires et locataires de maisons, hôteliers, aubergistes et logeurs*, 8^e édition, 1 vol. in-8°, Paris, 1892.
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ, 4^e édition, 8 vol. in-8°, Paris 1869-1879.
- Baudry-Lacantinerie.** — *Précis de droit civil*, 2^e édition, 3 vol. gr. in-8°, Paris, 1885-1889.
- Bélimé.** — *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, Paris, 1812.
- Benech.** — *Programme d'un cours de droit romain*, 5 livraisons réunies en un vol. in-4°, Toulouse, 1836.
- Bertauld.** — *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, 2 vol. in-8°, Paris, 1867-1869.
- Bourjon.** — *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, 2 vol. in-folio, Paris, 1770.
- Championnière et Rigaud.** — *Traité des Droits d'enregistrement*, 6 vol. in-12°, Paris, 1839-1851.
- Cujas.** — *Opera omnia*, 10 vol. in-folio, Paris, 1658.
- Dalloz.** — *Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence*, 44 vol. in-4°, Paris, 1846-1864 ; — et *Supplément* (en cours de publication) — Notamment *Vis Enregistrement, louage, nantissement, propriété, usufruit*.
- Dalloz.** — *Recueil périodique et critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine*. Chaque année, 1 vol. gr. in-8°.
- Dalloz fils et Vergé.** — *Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, 2 vol. in-4°, Paris, 1873 ; — *Supplément*, 1 vol. 1890.
- Dalloz fils et Vergé.** — *Code de l'Enregistrement, du Timbre,*

- des droits d'hypothèque*, etc. annoté et expliqué, 1 vol. in-4^o, Paris, 1878.
- Deloyes.** — *Femme mariée sous le régime dotal*. [Revue critique de législation et de jurisprudence, 1882, p. 541 et s.].
- Delvincourt.** — *Cours de Code civil*, 3 vol. in-4^o, Paris, 1834.
- Demangeat.** — *Cours de Droit romain*, 2^e édition, 2 vol. in-8^o, Paris, 1886.
- Demangeat.** — Rapport à la Cour de cassation, précédant arrêt du 27 avril 1891, *Sirey*, 1891, 1, 369.
- Demante et Colmet de Santerre.** — *Cours analytique de Code civil*, 9 vol. in-8^o, Paris, 1873-1884.
- G. Demante.** — *Principes de l'enregistrement*, en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII, 4^e édition, 2 vol. in-8^o, Paris, 1890.
- Demolombe.** — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol. in-8^o, Paris, 1860-1882.
- Denizart.** — *Collection de décisions nouvelles*, 4 vol. in-4^o, Paris, 1773.
- Devilleneuve.** — *Note sous arrêt de Rennes*, 8 février 1841, *Sir.* 1841. 2. 453.
- Dictionnaire des droits d'Enregistrement**, par les Rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 3^e édition, Paris, 1876.
- Domat.** — *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2 vol. in-folio, Paris, 1777.
- Dubois.** — *Des droits du locataire qui a élevé des constructions sur l'immeuble loué* [Revue critique de législation et de jurisprudence, 1862, t. XIX, p. 176].
- Du Caurroy.** — *Institutes de Justinien* traduites et expliquées, 2 vol. in-8^o, Paris, 1851.
- Du Caurroy, Bonnier et Roustain.** — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 2 vol. in-8^o, Paris, 1851.
- Duranton.** — *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 4^e édition, 22 vol. in-8^o, Paris 1834.
- Etienne.** — *Institutes de Justinien*, traduites et expliquées, 2 vol. in-8^o, Paris-Aix, 1846.
- Fenet.** — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol. in-8^o, Paris, 1836.

- Flandin.** — *De la transcription en matière hypothécaire*, 2 vol. in-8°, Paris, 1861.
- Frémy-Ligneville.** — *Traité de la législation des bâtiments et constructions*, 2^e édition, 2 vol. in-8°, Paris, 1848.
- de Fresquet.** — *Traité de droit romain*, 2 vol. in-8°, Paris.
- Fuzier-Hermann.** — *Code civil annoté*, 4 vol. gr. in-8°, Paris, 1881-1892.
- Garnier.** — *Répertoire général et raisonné de l'Enregistrement*, 5^e édition, 6 vol. in-4°, 1874.
- Gazette du Palais**, *Répertoire encyclopédique du Droit français* (En cours de publication). V^o Accession.
- Grenier.** — *Traité des hypothèques*, 2 vol. in-4°, Clermont-Ferrand, 1824.
- Grivel.** — *Des constructions élevées par un locataire sur le terrain loué* [*Revue pratique*, t. XXXV, 1873, p. 289].
- Guillouard.** — *Traité du contrat de mariage*, 2^e édition, 4 vol. in-8° Paris, 1888-1889.
- *Traité de la vente et de l'échange*, 2 vol. in-8°, Paris, 1889-1890.
- *Traité du contrat de louage*, 2^e édition, 2 vol. in-8°, Paris, 1887.
- *Traité du contrat de société*, 1 vol. in-8°, Paris, 1891.
- *Traités du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1 vol. in-8°, Paris 1892.
- Hennequin.** — *Traité de législation et de jurisprudence suivant le Code civil*. (Deuxième livre) 2 vol. in-8°, Paris, 1831.
- von Ihering.** — *L'esprit du Droit romain*, trad. Meulenaere, 4 vol. in-8°, Paris et Gand, 1877-1878.
- Jozon.** — *De la nature du droit du preneur*. [*Revue pratique de Droit français*, t. XX, p. 358].
- Lariche.** — *Explication des Institutes de Justinien*, 2 vol. in-8°, Paris, 1868.
- Larombière.** — *Théorie et pratique des obligations*, 7 vol. in-8°, Paris, 1885.
- Laurent.** — *Principes de Droit civil français*, 33 vol. in-8°, Paris et Bruxelles, 1869-1878.
- Lepage.** — *Lois des bâtiments ou le Nouveau Desgodets*, 2^e édition, 2 vol. in-8°, Paris, 1857.
- Lesenne.** — *De la Propriété avec ses démembrements*, 1 vol. in-8°, Paris, 1858.

- Loyseau.** — *Œuvres*, 1 vol. in-folio, Paris, 1701.
- Mackeldey.** — *Manuel de droit romain*, 1 vol. gr. in-8°, Bruxelles, 1846.
- Marcadé et P. Pont.** — *Explication théorique et pratique du Code civil*, Nouv. édition, 13 vol. in-8° Paris, 1873-1889.
- Martou.** — *Des privilèges et des hypothèques*, Paris-Bruxelles, 4 vol. in-8°, 1855-1857.
- Massé et Vergé.** — *Le droit civil français de Zachariæ*, 5 vol. in-8°, Paris, 1853-1890.
- May.** — *Éléments de Droit romain*, 2 vol. in-8°, Paris, 1889-1890.
- Maynz.** — *Cours de droit romain*, 3^e édition, 3 vol. gr. in-8°, Paris et Bruxelles, 1870-1874.
- Merlin.** — *Recueil alphabétique de Questions de Droit*, 8 vol. in-4°, Paris, 1810-1820.
— *Répertoire universel de jurisprudence*, 5^e édition, 18 vol. in-4°, Paris, 1828.
- Mourlon.** — *Répétitions écrites sur le Code civil*, 12^e édition, 3 vol. in-8°, Paris, 1884-1885.
— *Traité théorique et pratique de transcription*, 1 vol. in-8°, Paris, 1862.
— *Du droit proportionnel et du droit fixe de transcription* [*Revue pratique de Droit français*, t. XI, p. 134].
- Muhlenbruch.** — *Doctrina Pandectarum*, Editio nova, 1 vol. in-8°, Bruxelles, 1838.
- Ortolan.** — *Explication historique des Institutes de Justinien*, 12^e édition, revue par Labbé, 3 vol. in-8°, Paris, 1883.
- Pandectes françaises.** — *Nouveau répertoire de Doctrine, de Législation et de Jurisprudence* (en cours de publication. — Notamment, 1^{er} vol. : V^o Accession, et 11^e et 12^e vol. V^o Bail (en général).
- Pardessus.** — *Traité des servitudes*, 2 vol. in-8°, Paris, 1829.
- Pépin le Haleur.** — *Histoire de l'emphytéose*, Paris, 1 vol. in-8°, 1843.
- Persil.** — *Du régime hypothécaire*, 4^e édit., 2 vol. in-8°, Paris, 1833.
- Planiol (Maurice).** — Note sous Cass. 16 juillet 1890. *Dalloz*, 1891. 1. 49.

- Pont.** — *Commentaire-traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques*, 3^e édition, 2 vol. in-8°. 1878-1880.
- *Droit d'enregistrement : Transmissions de meubles corporels*, [Revue critique de jurisprudence, t. 1^{er} p. 165, 541 et 743].
- Pothier.** — *Œuvres complètes*, Edit. Fribach et Rogron, 2 vol. gr. in-8°, Paris, 1830.
- Proudhon.** — *Traité du domaine de propriété*, 3 vol. in-8°, Dijon, 1839.
- *Traité du domaine public*, 2^e édit., 4 vol. in-8°, Dijon, 1843-1846.
- *Traité de l'usufruit*, 5 vol. in-8°, Dijon, 1836.
- Proudhon et Curasson.** — *Traité des droits d'usage, d'habitation et de superficie*, 3^e édit., 2 vol. in-8°, Paris.
- Rodière et Pont.** — *Traité du contrat de mariage*, 2^e édit., 2 vol. in-8°, Paris, 1865.
- Rozy.** — *L'article 1743 au point de vue économique*, [Revue pratique de Droit français, t. XX, p. 468].
- Sirey.** — *Recueil général et périodique des lois et des arrêts*, chaque année 1 vol. gr. in-4°.
- Taulier.** — *Théorie raisonnée du Code civil*, 7 vol. in-8°, Paris, 1848.
- Tessier.** — *Traité de la dot*, 2 vol. in-8°, Paris, 1835.
- Toullier et Duvergier.** — *Droit civil français*, 6^e édition, 14 vol. in-8°, Paris. 1844-1848.
- Troplong.** — *Le Code civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, 27 vol. in-8°, Paris, 1843-1864.
- Valette.** — *De la propriété et de la distinction des biens*, 1 vol. in-8°, Paris, 1880.
- *Des privilèges et des hypothèques*, Paris, 1846.
- *De la jurisprudence actuelle sur les droits d'enregistrement*, [En note, *Revue pratique du Droit français*, t. X, p. 143].
- Vigié.** — *Cours élémentaire du Droit civil français*, 3 vol. in-8°, Paris, 1890-1892.
- Warnkœnig.** — *Commentarii juris romani privati*, 3 vol. in-8°, Liège, 1825.
- Von Wetter.** — *Cours élémentaire du Droit romain*, 2 vol. in-8°, Paris et Gand, 1876.

THÈSES :

- Robert d'Aigneaux.** — *De l'accession à Rome et en France*
Caen, 1878.
- Armand Blume.** — *De l'accession*, en droit romain. Nancy, 1883.
- Henry Cuënot.** — *Des constructions élevées par un locataire sur les lieux loués.* Paris, 1892.
- Stanilas Gontier.** — *Des constructions et plantations sur le terrain d'autrui*, en droit romain et en droit français. Paris, 1886.
- Grivel.** — *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui.* Paris, 1871.
- Paul Henry.** — *De l'accession.* Paris, 1871.
- Joseph Lazerme.** — *De l'accession*, en droit romain et en droit français. Poitiers, 1875.
- Etienne Micolesco.** — *Du droit résultant des constructions faites sur le terrain d'autrui*, en droit romain et en droit français. Paris, 1885.
- Henri Serre.** — *De l'accession*, en droit romain, Paris, 1890.

PREMIÈRE PARTIE



DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

1. — Un des traits caractéristiques de l'ancien droit romain est le formalisme : tous les actes importants de la vie juridique sont entourés de cérémonies symboliques destinées à mieux établir l'importance de l'acte et sans doute aussi à en faciliter la preuve en frappant l'esprit des témoins par la solennité (1).

Les transmissions de la propriété notamment n'avaient pas échappé à cette loi, et le mode le plus ancien, celui qui sous le nom de *mancipatio* s'accomplissait au moyen de l'*œs* et de la *libra* nous offre l'un des exemples les plus remarquables des cérémonies juridiques de l'ancienne Rome.

Sans doute, peu à peu, le droit romain a dépouillé son primitif formalisme : à la belle époque, il mérite par l'équité et par la logique de ses règles le nom de « raison écrite » ; mais il a conservé des traces nombreuses, plus

(1) V. sur le formalisme romain, IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. III, §§ 50 et suiv., pp. 156 et s.

que des traces même, de ses anciens principes : et c'est ainsi qu'il est encore admis que la propriété ne s'acquiert que par un certain nombre de *modes* déterminés limitativement. Le simple accord des volontés ne peut suffire à la transmission de la propriété : il faut, pour que cette transmission s'opère, un signe extérieur, sensible, une manifestation à l'égard des tiers, l'emploi du *modus*.

L'énumération de ces modes a donné lieu à une vive controverse entre des romanistes.

Ulpien, il est vrai, dans un texte célèbre (1), en a cité six : « *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege* ». L'élément formel de ces modes est facile à mettre en relief : la *mancipatio*, le plus ancien, est, nous l'avons déjà dit, le type même des actes solennels : *æs* et *libra*, *libripens*, témoins ; — dans la tradition, c'est la remise de la chose aux mains de l'acquéreur, c'est l'appréhension matérielle de la part de celui-ci ; — dans l'usucapion, c'est la possession prolongée pendant le laps requis ; — dans l'*in jure cessio* comme dans l'*adjudicatio*, c'est la sentence du juge ; — dans la *lex* enfin, c'est la volonté de la loi.

Mais cette énumération semble incomplète et, pour n'être pas signalés par Ulpien, deux modes d'acquisition donnent lieu à difficulté : l'occupation et l'accession.

L'occupation a une place à part parmi les modes d'acquisition : c'est le seul qui suppose une acquisition sans

(1) ULPIDIEN, *Regulæ*, XIX, § 2.

transmission, et ainsi on s'explique que l'énumération d'Ulpien ne le renferme pas.

En ce qui concerne l'accession, il est permis de se demander si elle constitue un mode d'acquérir distinct ou si on ne pourrait faire rentrer les divers cas compris sous cette dénomination parmi les autres modes : on peut même se poser la question de savoir s'il y a véritablement acquisition.

2. — Malgré l'absence de tout texte qui vînt donner un appui à leur théorie, bon nombre de nos anciens interprètes — dont Pothier — n'avaient pas hésité à proclamer l'accession un huitième mode d'acquérir.

C'était, suivant eux, un oubli de la part du législateur romain. Dans un certain nombre de textes les règles de l'accession sont posées et développées. Si, par une lacune de langage, par un caprice difficilement explicable, aucun auteur ne l'a formellement proclamée un mode d'acquérir distinct, il y a là cependant un mode d'acquérir, anonyme si l'on veut, mais bien distinct, très nettement reconnu et caractérisé par les textes, ayant ses principes et ses règles qu'on ne peut faire rentrer parmi les règles d'un autre mode.

Et tel semble bien avoir été, il faut le reconnaître, le point de vue auquel s'est placé Justinien : Théophile (1), dans les cas d'accession qu'étudient les *Institutes* voit autant de causes d'acquisition distinctes, que toutefois il néglige de re-

(1) THÉOPHILE, pr. *De reb. incorp.* II, 2 et § 5, *Per quas personas*, II, 9. — C'est également en se plaçant au point de vue du droit de Justinien que M. Maynz signale un grand nombre de modes d'acquérir, dont l'accession (V. MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. I^{er}, §§ 186-189, pp. 596 et suiv.).

lier, de grouper sous une dénomination commune (1).

3. — Que tel ait été le point de vue des jurisconsultes de la belle époque, c'est ce qu'il faut nier absolument. Si ce mode d'acquérir avait été vraiment reconnu par le droit romain, il serait bien étrange qu'aucune énumération ne le mentionnât, et plus étrange encore qu'aucun nom ne le désignât. Car, — c'est là une remarque importante, et c'est de ne pas l'avoir faite qu'est résultée la confusion — le mot *accessio* désigne non pas le fait d'acquérir la propriété, mais uniquement l'accessoire, la chose elle-même que par une conséquence de son droit de propriété sur la chose principale le propriétaire acquiert. C'est bien le sens de l'axiome : *accessio cedit principali* (2), axiome qui n'a pas d'autre signification que l'adage inventé par les interprètes et plus connu : *accessorium sequitur principale*.

Nous pensons donc que l'accession — au sens où on entend ce mot aujourd'hui — n'était pas un mode d'acquérir distinct.

Il est un certain nombre de cas, rangés généralement sous la rubrique accession, qui ne réalisent pas une acquisition. Tel est le droit aux fruits et produits d'une chose. Tant que le fruit est adhérent au sol il appartient au propriétaire du sol : s'il vient à être détaché, celui-ci continue à en être propriétaire. Il y a là une séparation : la propriété porte sur deux objets au lieu d'un, mais il n'y a pas acquisition.

(1) Ce système a prévalu dans notre Code civil (art. 712).

Il a été enseigné par M. Ortolan (t. II, n° 631). V. aussi BENECH, *Programme d'un cours de droit romain*, 2^e partie, 1^{re} livraison, p. 22

(2) L. 19 § 13, Dig., de auro, argento, etc. XXXIV, 2.

Quant aux cas où il semble au premier abord qu'il y ait acquisition de propriété, — au cas notamment qui fait l'objet de cette étude, nous verrons le propriétaire d'un terrain devenir propriétaire des constructions qu'un tiers y élève — on peut soutenir que l'acquisition est plus apparente que réelle. Juridiquement que se passe-t-il ? La chose accessoire devient partie intégrante de la chose principale ; le propriétaire de celle-ci ne réalise pas à proprement parler une acquisition ; en vérité sa chose conserve son individualité, elle a seulement augmenté de valeur. S'il doit quelque chose au propriétaire de la chose accessoire, ce n'est pas le prix de celle-ci, c'est seulement une indemnité à raison de l'enrichissement qu'il réalise. Pour le propriétaire de la chose accessoire, il y a extinction de sa chose ; il ne peut plus la revendiquer, c'en est la conséquence admise. Le propriétaire du principal réalise un enrichissement, et non une acquisition. L'accession n'est donc pas un mode d'acquérir (1).

Que si on ne pense pas que les jurisconsultes romains se soient livrés à cette analyse parfaitement juridique, on peut considérer qu'il y a acquisition de l'accessoire par le propriétaire du principal et que, s'il en est ainsi, c'est en vertu de la loi : les cas d'accession qui réalisent une acquisition rentreraient sous la rubrique *lex* (2).

4. — Cette question préliminaire rapidement exposée, nous pouvons aborder immédiatement notre sujet.

Nous diviserons nos développements de droit romain en trois chapitres :

(1) V. MAY, t. 1^{er}, n° 200, p. 323 et suiv.

(2) V. ACCARIAS, t. 1^{er}, n° 351, p. 599.

Le premier sera consacré aux principes fondamentaux de la matière : nous les exposerons et les justifierons.

Les deux autres chapitres traiteront particulièrement des droits respectifs du propriétaire et du constructeur dans les diverses hypothèses qui peuvent se présenter. — Dans le chapitre II, nous examinerons particulièrement le cas où le constructeur est un possesseur, de bonne ou de mauvaise foi : c'est la partie la plus intéressante de cette étude, c'est celle que nous traiterons de la façon la plus complète. — Le chapitre III sera une revue rapide des cas nombreux, mais moins intéressants, où entre le constructeur et le propriétaire existent des rapports juridiques.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES.

§. — En raison, le problème se pose ainsi : Primus ayant bâti sur le terrain de Secundus, à qui appartiendra la construction.

Trois solutions apparaissent comme possibles :

1^o Attribuer la propriété du bâtiment et du sol au constructeur, à Primus. En faveur de cette première solution on pourrait invoquer la valeur comparée d'une maison et du terrain sur lequel elle s'élève ; dans l'immense majorité des cas, la valeur de la construction est bien supérieure à celle du sol ; et s'il faut appliquer la maxime *accessorium sequitur principale*, en considérant comme accessoire ce qui est de moindre valeur, c'est certainement le constructeur qui l'emportera : Primus conservera la propriété de ses constructions, et acquerra par accession le sol qui les supporte, sauf évidemment à indemniser celui qui ainsi se trouvera dépouillé, Secundus.

2^o Maintenir les droits respectifs du propriétaire et du constructeur, ou créer une copropriété entre eux. Ainsi chacun aurait sur l'ensemble de l'immeuble un droit proportionnel à la valeur qu'il aurait fournie. Les droits respectifs de Secundus et de Primus seraient déterminés par une proportion ayant pour bases d'une part la valeur du sol, de l'autre le prix des matériaux et le coût de la main d'œuvre.

3^o Attribuer la propriété de la construction au propriétaire

du sol, sauf à celui-ci à indemniser le constructeur. C'est à cette dernière solution que s'est rangé le droit romain, c'est celle que consacre notre Code civil, et c'est incontestablement la meilleure.

6. — A la première solution s'adresse un reproche capital : elle viole d'une façon flagrante un principe fondamental, un principe essentiel dans toute société : la propriété doit être avant tout respectée, et le propriétaire ne peut être dépouillé que pour des raisons exceptionnellement graves d'ordre public et d'intérêt général. Admettre cette première solution, c'eût été autoriser chacun à procéder à l'expropriation du terrain qui lui convient en y élevant une construction. A Rome, où le respect de la propriété avait un caractère presque sacré, une semblable règle ne pouvait s'introduire dans la législation.

La seconde solution n'était pas davantage admissible. Les législateurs en général ne voient pas d'un œil favorable les indivisions : ce sont des sources intarissables de procès, c'est un obstacle à la bonne administration et à la transmission des biens. Admettre dans le cas qui nous occupe, l'indivision, c'était retarder la solution, mais non trancher la question : il eût fallu évidemment en venir à un partage. Mieux valait donc régler immédiatement le conflit.

La troisième solution était donc commandée par la raison même.

7. — C'est la saine application de la maxime *accessorium sequitur principale*. Le principal, c'est le sol, l'immeuble, sur lequel viennent s'entasser les matériaux meubles qui, eux, sont l'accessoire. Le principal, c'est le sol impérissable ; l'accessoire, la construction sujette à détérioration, à dépérissement.

Le sol peut exister seul, par lui-même : au contraire, il

ne peut pas y avoir de construction sans un sol qui la supporte.

Cette idée est, à la suite des textes du droit romain, très clairement exposée par Cujas et Pothier.

« *Una est res ædes et solum*, nous dit Cujas, *vel superficies et solum. Solum est pars ædium, et quidem maxima pars, sane major pars, cui cedat superficies. Cur cedit superficies solo? Quia hoc est naturale, ut minor pars majori cedat, accedat ve; et solum utique major pars esse existimatur, sine qua ædes consistere non possunt* (1) ».

Pothier nous explique le principe de l'accession, et le justifie en développant l'idée déjà exprimée par Cujas :

« Lorsque de deux choses qui composent un tout, l'une ne peut subsister sans l'autre et l'autre subsister séparément, c'est celle qui peut subsister séparément qui est regardée comme la principale partie, l'autre n'en est que l'accessoire. *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest*, l. 23, § 3, ff. de rei vind.

« On peut donner pour un premier exemple de cette règle le cas auquel quelqu'un aurait construit un bâtiment sur mon terrain. Ce bâtiment et mon terrain font un seul tout dont mon terrain est la partie principale et le bâtiment n'est que l'accessoire ; car mon terrain peut subsister sans le bâtiment, et au contraire le bâtiment ne peut subsister sans le terrain sur lequel il est construit. C'est pourquoi le domaine que j'ai de mon terrain me fait acquérir par droit d'accession, *vi ac potestate rei meæ*, celui du bâtiment qui y a été construit. C'est ce qu'enseigne Gaius : *Si quis in alieno solo sua materia inædificaverit, illius fit ædificium cujus et solum est*, l. 7, § 12, ff. de acq. rer. dom. (2) ».

(1) CUJAS, *Comment. in tit. de rei vind.*, Dig., ad leg. 49.

(2) POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, n° 170.

8. — Voilà parfaitement justifié le principe en vertu duquel c'est la construction qui doit suivre le sort du sol.

Ce principe essentiel de notre matière se trouve nettement proclamé dans les textes. Gaius l'a très exactement formulé : « *Omne quod solo inædificatur solo cedit* (1) ». Il en a donné aussi une formule plus concise, et, à raison de cette concision, généralement préférée : *superficies solo cedit* (2-3).

Il ne suffit pas de proclamer et de justifier rationnellement la règle : il importe d'en préciser la portée.

9. — Par le seul fait de la construction, les matériaux employés s'incorporent au sol et deviennent immédiatement la propriété du maître du fonds.

Il semble que le sol soit doué d'un véritable pouvoir d'attraction et d'assimilation. Le propriétaire du terrain se trouve investi de la propriété des constructions qu'un tiers y élève, *vi ac potestate rei suæ*. Le sol acquiert pour son maître les constructions qui viennent à s'élever à sa surface.

Les matériaux ainsi assimilés au sol perdent leur individualité : ils ne sont plus poutre, brique ou moellon ; ils sont maison, bâtiment, édifice. Qu'ils recouvrent cette individualité, c'est-à-dire qu'ils viennent à être détachés du bâtiment, et ils pourront être revendiqués. C'est ainsi que s'explique cette situation juridique curieuse : la maison construite sur le terrain d'autrui est sans doute, en vertu du principe de l'accession, la propriété du maître du sol ; mais les matériaux

(1) L. 7, § 10, Dig., *de adq. rer. dom.* XLI, 1.

(2) GAIUS, *Comment.* II, § 73.

(3) A prendre ce mot *superficies* dans son sens littéral, il ne comprendrait que les bâtiments élevés *au-dessus* du sol. Mais les textes l'emploient fréquemment dans un sens plus large, et *superficies* signifie tous les travaux que l'homme ajoute au sol, il est bien synonyme de construction : on le trouve en ce sens opposé à *solum* ou à *area* (V. I. 23, pr. Dig., *de usurp. et usuc.* XLI, 3 ; — CICÉRON, *Epist. ad Attic.* IV, I).

demeurent cependant la propriété du constructeur. Conséquence logique de cette situation : l'action en revendication compète toujours au constructeur propriétaire des matériaux, mais elle est en quelque sorte paralysée par le droit du propriétaire du sol sur la construction. Momentanément les matériaux n'existent plus comme tels : *extinctæ res vindicari non possunt*. L'action reprend sa vigueur et peut être exercée lorsque les matériaux reprennent leur individualité, lorsqu'ils ne font plus partie de la construction, lorsque par suite de démolition ou de ruine ils viennent à être séparés du sol.

10. — L'accession se produit, la construction devient la propriété du *dominus fundi*, sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation de volonté de la part de celui-ci. Il réalise cette acquisition *vi ac potestate rei suæ*.

Non seulement il n'est besoin d'aucune manifestation de volonté de sa part, mais l'accession peut se produire à son insu. C'est même, remarquons-le, le cas le plus fréquent : si quelqu'un construit sur mon terrain et que j'en aie connaissance, le plus souvent je ne le laisserai pas continuer ses travaux.

Il y a plus ; ce phénomène d'assimilation se produit même malgré ma protestation. Ainsi, ayant connaissance des constructions qu'un tiers élève sur mon terrain, j'adresse à ce tiers défense de continuer ses travaux : cela n'empêche pas que les matériaux apportés par la suite, les murs élevés malgré ma défense ne s'incorporent au sol et ne deviennent ma propriété.

La règle *omne quod solo inædificatur solo cedit* était plus absolue à Rome que dans notre droit actuel, et la renonciation même du propriétaire du sol au bénéfice de cette règle n'empêchait pas l'incorporation de se produire, l'acquisition

de se réaliser. Ainsi que nous le verrons dans le paragraphe réservé à la superficie, la loi romaine, au moins pendant toute la période ancienne, et même dans la période classique, n'admettait pas que deux propriétés distinctes portant l'une sur le sol, l'autre sur le bâtiment, pussent se superposer. La convention des parties ne peut déroger à notre principe.

11. — L'accession se produit aussi, il est à peine utile de le faire remarquer, malgré le constructeur. Il est évident qu'il ne peut contester le droit du propriétaire du sol en disant que s'il a construit, c'est pour son propre compte. S'il résiste le propriétaire pourra faire reconnaître son droit de propriété par toutes les voies de droit, et notamment par la revendication.

12. — Le principe s'applique encore si les matériaux employés n'appartenaient pas au constructeur. Mais en ce cas naissent de sérieuses difficultés à raison de la complication des droits respectifs du propriétaire du sol et du propriétaire des matériaux.

Lorsqu'un propriétaire construit sur son propre sol avec les matériaux d'autrui, la loi des XII Tables refuse au propriétaire des matériaux le droit d'exiger la démolition de la construction pour reprendre les moellons et les poutres qui ont servi à son édification : « *ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur* ». Mais il s'en faut qu'il soit dépouillé de toute action : suivant que les matériaux sont volés ou non, suivant que le constructeur les a employés de bonne ou de mauvaise foi, des actions différentes, plus ou moins nombreuses, lui compètent.

Contre le voleur, le propriétaire des matériaux n'est pas armé de moins de cinq actions : *actio ad exhibendum*, revendication, action de *tigno juncto*, *actio furti*, *condictio furtiva*. La question de leur cumul est l'une des plus difficiles qu'aient discutée les interprètes.

Contre le constructeur qui, sans mauvaise foi, a employé des matériaux volés, l'action *de tigno juncto* permet d'obtenir le double de leur valeur.

Vis-à-vis d'un constructeur qui, de bonne foi a employé les matériaux d'autrui, le propriétaire de ceux-ci n'a plus aucune des actions que nous venons d'énumérer : il y a lieu de lui donner une *action in factum* (1).

Ces quelques règles posées il nous est facile de voir la difficulté. Trois personnes sont en présence : Primus, le propriétaire des matériaux, Secundus, le constructeur, Tertius, le propriétaire du sol. Le conflit s'élève donc entre trois parties. Quels seront leurs droits respectifs ? Quelles actions compétent à l'un contre l'autre ?

Un premier point est certain. Le principe de l'accession, *superficies solo cedit*, s'applique. La construction est devenue la propriété du maître du sol, Tertius ; les matériaux, bien qu'ayant perdu leur individualité, restent, en tant que matériaux, la propriété de Primus. Si donc la construction vient à être démolie, Primus pourra en revendiquer les décombres, pourvu toutefois que, par l'exercice d'une des actions qui lui sont reconnues, il ne se soit pas fait indemniser antérieurement.

Quant à l'exercice des actions reconnues à Primus, contre qui les dirigera-t-il ? Il ne pourra certainement exercer celles qui ont un caractère pénal que contre celui qui a commis le délit, c'est-à-dire Secundus. Quant à celles qui sont purement réipersécutatoires, et notamment en ce qui concerne l'action *in factum*, il pouvait vraisemblablement les intenter contre Tertius. Mais aucun texte ne nous permet de trancher catégoriquement cette délicate question.

(1) Sur tous ces points, pour plus de détails, V^o ACCARIAS, t. 1^{er}, n^o 256, p. 611.

CHAPITRE II

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR UN POSSESSEUR.

13. — Le principe est donc la règle *superficies solo cedit*. Nous avons vu qu'il fallait entendre cette maxime en ce sens que le propriétaire du sol devient propriétaire des constructions en tant que constructions, et que le constructeur conserve la propriété des matériaux. D'autres droits, et notamment le droit à une indemnité, peuvent aussi lui être reconnus.

Dans l'ancien droit romain les droits reconnus au possesseur qui a élevé un bâtiment sur le terrain d'autrui sont loin d'être aussi considérables que ceux que notre Code civil lui accordera. Le droit romain, dans sa rigueur première, protège avant tout le droit de propriété : le *dominus* a un droit absolu, inviolable. Si ce droit est violé, la loi se montre sans pitié pour l'usurpateur. Le tiers constructeur est traité avec une sévérité qui nous semble aujourd'hui excessive, mais qui paraissait aux jurisconsultes romains un juste châtiment. En principe son droit se borne à la revendication des matériaux lors de la chute du bâtiment, sans qu'il puisse toutefois provoquer cette chute.

A l'égard du possesseur de bonne foi, on fut vite amené à modérer ces rigueurs. Même au profit du constructeur de mauvaise foi, les principes de l'équité modifièrent peu à peu les sévérités du droit.

14. — Nous allons étudier les solutions données par les

textes. Pour savoir si le constructeur pourra revendiquer les matériaux de démolition lors de la chute de l'édifice, et pour déterminer à quelle indemnité il pourra prétendre, il nous faut, avec les textes, distinguer selon que le constructeur est un possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Telle est la *summa divisio* de cette matière.

15. — Mais avant d'étudier la situation faite au constructeur suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi, il importe de préciser qui est possesseur de bonne foi, qui est possesseur de mauvaise foi.

Nulle part nous ne trouvons un texte donnant une définition de la bonne ou de la mauvaise foi. Mais il nous semble certain, évident, que la bonne foi est la croyance d'un individu à l'existence du droit qu'il exerce. C'est, au cas particulier, la croyance du constructeur à son droit de propriété sur le terrain où il bâtit. Mais si c'est là l'élément premier, essentiel, caractéristique de la bonne foi, est-ce le seul élément requis ? Suffit-il pour qu'un constructeur puisse invoquer les règles particulièrement favorables que nous allons étudier, suffit-il qu'il ait cette croyance ? Ne faut-il pas que cette bonne foi, c'est-à-dire somme toute cette erreur, s'appuie sur un titre, sur une *justa causa possidendi* ?

On a pu soutenir en s'appuyant sur certains textes (1) la nécessité de ce juste titre, de cette *justa causa*. Mais il nous semble que c'est ajouter aux exigences des textes. Si pour l'usucapion par exemple, on exige bonne foi et juste titre, ce sont là deux éléments que les textes distinguent, deux éléments dont la coexistence est nécessaire pour l'acquisition par le laps de temps, mais deux éléments bien distincts : l'existence de l'un n'est pas subordonné à l'existence de l'autre.

(1) LL. 37 et 38, Dig., *de rei vind.*, VI, 1.

tre. Il est impossible de soutenir que le seul possesseur de bonne foi est celui qui réunit les conditions de l'usucapion : car nous pouvons remarquer qu'un possesseur de mauvaise foi peut arriver à l'usucapion, pourvu qu'il ait, au début de la possession, réuni les conditions requises « *Mala fides superveniens non nocet* », dit-on en ce sens. Or, à l'inverse, il se peut qu'un possesseur de bonne foi n'usucape pas : c'est ce qui arrivera au cas de défaut de *justa causa*. La bonne foi est essentiellement une question de fait et la *justa causa* une question de droit.

D'ailleurs une considération que fait ressortir M. Accarias vient appuyer très énergiquement notre opinion. Nous verrons que le constructeur de mauvaise foi est présumé donner gratuitement au propriétaire du sol ses matériaux et sa main d'œuvre : or cette présomption est évidemment inapplicable à celui qui, n'ayant pas de titre, se croit néanmoins propriétaire (1).

16. — Quel moment faut-il considérer pour déterminer si un constructeur est de bonne ou de mauvaise foi ? C'est le moment de la construction. En effet, si en matière d'usucapion on ne considère que le commencement de la possession — tel est le sens de l'adage *Mala fides superveniens non impedit usucapionem* — c'est là une fiction qui n'existe pas à tout autre point de vue, et la bonne foi du constructeur ne peut être invoquée que si elle a existé au moment même de l'édification (2).

(1) ACCARIAS, t. I^{er}, n° 257, p. 613, note 3.

(2) L. 37, DIG., *de rei vind.*, VI, 1

SECTION I. — **Constructions élevées par un possesseur de bonne foi.**

17. — En ce qui concerne le constructeur de bonne foi, il est nécessaire de sous-distinguer. Le fait que, lors de la revendication intentée par le véritable propriétaire, il possède encore ou ne possède plus, a une influence décisive sur l'efficacité de son droit. Celui qui possède, actionné par le *verus dominus* pourra, par voie d'exception, réclamer l'indemnité qui lui est due. Au contraire celui qui ne possède plus se trouve le plus souvent par suite des formes mêmes de la procédure romaine incapable de faire valoir aucun droit.

Il faut donc examiner successivement ces deux hypothèses.

§ 1. — **Le constructeur de bonne foi possède.**

18. — C'est le cas le plus favorable. C'est d'ailleurs aussi le plus fréquent : l'*animus domini*, et la croyance à la propriété ne se comprennent guère que s'ils sont confirmés par la détention.

Pour rentrer en possession de son immeuble, le maître du sol devra intenter contre le possesseur une action en revendication. Le constructeur, fort de sa bonne foi et de sa possession, tiendra son action en échec en lui opposant l'exception de dol, tant que le propriétaire revendiquant ne lui aura pas payé une indemnité. Il y aurait dol en effet, de la part de ce propriétaire, à s'emparer ainsi sans dédommagement aucun de constructions qu'il n'a pas élevées, à s'enrichir aux dépens d'autrui.

C'est ce que nous dit Gaius en termes parfaitement clairs :

« *Certe si dominus soli petat ædificium, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si nescit, qui ædificavit, alienum esse solum, et tanquam in suo bona fide ædificavit* (1) ».

19. — Quel sera le montant de cette indemnité ?

Le texte que nous venons de reproduire, ainsi que les Institutes nous disent que ce sera le montant intégral des dépenses : *pretium materiæ et mercedes fabrorum* (2). Malgré ce qu'ont d'absolu et de parfaitement clair ces deux textes, nous pouvons affirmer que telle n'était pas la solution à l'époque des grands jurisconsultes. Cette solution trop rigoureuse à l'égard du *dominus* à qui elle pourrait imposer le paiement d'une indemnité hors de proportion avec la valeur du sol construit et avec les ressources dont il dispose, est corrigée par la loi 38 au Digeste, *de rei vindicatione* (3).

La solution donnée par Justinien aux Institutes est l'ancienne solution, copiée servilement dans Gaius par les compilateurs (4). La solution exacte, celle de la belle époque, nous est donnée par Celsus. Voici le texte même de cette loi, toujours signalée comme un des textes les plus remarquables par son équité et par sa sagesse (5) :

« *In fundo alieno, quem imprudens emerat, ædificasti, aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, et fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est, etsi plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id coga-*

(1) L. 7, § 12, Dig., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

(2) § 30, INSTIT., *de div. rer.*, II, 2.

(3) VI, 1.

(4) GAIUS, lib. II, *Rerum quotidianarum*, texte reproduit au Dig. 47, §§ 8 et suiv., *De acq. rer. dom.* XLI, 1.

(5) V. notamment DEMOLOMBE, t. IX, n° 689.

tur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat : sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis : dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret ædificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas : neque malitiis indulgendum est : si tectorium puta quod induxeris, picturasque corrodere velis, nihil laturus, nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quæ receptum fundum mox venditura sit : nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto, tu condemnandus es ».

20. — On voit la large part laissée à l'appréciation du juge. Les règles que pose Celsus n'ont rien d'absolu, ce sont des exemples de solution, ce sont des modèles donnés au juge, mais auxquels il ne saurait être strictement tenu de se conformer dans sa sentence. Le juge prononcera en s'inspirant de toutes les circonstances de la cause, de la faveur plus ou moins grande que lui semblent mériter le maître du sol ou le constructeur, de la situation plus ou moins prospère du patrimoine du constructeur et surtout du propriétaire à qui incombera le paiement de l'indemnité. « *Bonus judex varie ex personis causisque constituet* ».

Cette règle générale posée, le jurisconsulte mentionne trois hypothèses qui doivent renfermer la plupart des cas de nature à se présenter, et il donne la solution que lui semblent commander les principes supérieurs de l'équité. Ce sont là des solutions dont certains auteurs estiment que le juge moderne ferait sagement de s'inspirer : nous verrons ce qu'il faut en penser.

21. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Supposons que le maître du sol soit un homme riche qui eût lui-même fait les constructions : il sera tenu d'indemniser complètement le constructeur. Ici le souci constant de Celsus d'observer toujours l'é-

quité l'a conduit à une solution que nous retrouverons dans notre Code civil : le propriétaire a le choix entre le remboursement intégral de tous les déboursés faits par le constructeur, et le paiement de la plus-value seulement procurée au fonds par l'édification des constructions.

Que la plus-value soit inférieure à l'impense — ce qui arrive le plus souvent — et le maître du sol se libérera en payant au constructeur une somme égale à cette plus-value. Qu'au contraire ce qui peut se présenter exceptionnellement, une dépense ait procuré à l'immeuble une plus-value supérieure, il indemniserà le possesseur en lui remboursant sa dépense.

Cette option offerte au propriétaire résout de la façon la plus heureuse la difficulté que présente la conciliation des deux intérêts opposés et respectables tous deux du maître du sol et du constructeur de bonne foi. Le droit et l'équité se trouvent ainsi d'accord. Si c'est la plus-value qui est la base du règlement de l'indemnité, le propriétaire donne au constructeur une somme égale au bénéfice que lui procurent les travaux : le constructeur ne subit donc aucun appauvrissement ; il ne serait pas fondé à se plaindre. La somme remboursée est-elle l'intégralité de la dépense, le constructeur rendu indemne ne pouvait prétendre à une indemnité plus élevée.

Nous approuvons donc absolument cette première solution : « *Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, et fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est ; etsi, plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est* ».

22. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Le constructeur est en présence d'un propriétaire pauvre, dans l'impossibilité de payer une indemnité aussi élevée. Peut-être en vertu des pouvoirs

très étendus donnés au juge, celui-ci pourrait-il décider que c'est le constructeur qui conservera le fond, à charge d'en payer la valeur au propriétaire. Mais Celsus suppose que le propriétaire tient beaucoup à son immeuble : l'abandonner, c'est abandonner les lares des ancêtres, ou bien c'est laisser aller en des mains étrangères le tombeau des aïeux. Et on sait quel respect les Romains avaient pour ces dieux familiaux et pour les sépultures.

En pareille circonstance, il faut décider qui l'emportera du propriétaire ou du constructeur. Le jurisconsulte considère avec raison que le constructeur *sine jure* doit céder devant le *dominium* essentiellement respectable du maître du sol. Si l'équité peut être invoquée par l'un comme par l'autre, le droit est certainement pour le propriétaire et doit l'emporter.

Tout ce qu'on peut faire, c'est de permettre au possesseur d'enlever tout ce qu'il peut détacher sans qu'il en résulte aucune détérioration : il importe que le fonds ne soit pas lors de la restitution de moindre valeur qu'il n'était avant la construction des bâtiments.

Ainsi le possesseur a agrandi ou embelli un bâtiment qui existait sur le fonds, ou bien il a remplacé une maison par une autre, mieux construite, plus somptueuse : comme, s'il enlevait ses travaux, il ne rendrait qu'un immeuble de valeur moindre que celui qui existait antérieurement, il ne pourra les enlever.

Si le propriétaire pauvre offre au constructeur de lui payer une somme égale à celle qu'il retirerait de la vente des matériaux enlevés, ce constructeur agirait, en les enlevant, méchamment, dans le seul but de nuire au propriétaire, ce que la loi ne peut admettre. Si donc le propriétaire offre au possesseur la valeur de ses matériaux de démolition, celui-ci devra accepter cette offre et laisser le bâtiment au propriétaire.

De même, il y aurait intention méchante de la part du possesseur à détruire ce dont il ne peut faire argent. *Malitiis non est indulgendum*. Il devra donc laisser ce qui, enlevé, n'aurait plus aucune valeur : il ne pourra faire tomber le crépi d'un mur qu'il aura enduit, il ne pourra racler des peintures murales, même si le propriétaire se refuse à lui payer la moindre indemnité.

Telles sont les solutions parfaitement équitables qu'édicte Celsus en faveur du propriétaire pauvre :

« *Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat : sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis : dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret ædificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatiis, fiat ei potestas : neque malitiis indulgendum est : si tectorium puta quod induxeris, picturas que corrodere velis, nihil laturus, nisi ut officias* ».

23. — TROISIÈME HYPOTHÈSE. — Le propriétaire ne revendique le terrain et la construction que pour revendre l'immeuble. En ce cas, repoussant l'option accordée dans la première hypothèse, Celsus décide que toujours l'indemnité sera fixée au montant de la plus-value donnée par les constructions. La plus-value représente en effet exactement ce dont le propriétaire s'enrichit, c'est l'avantage que lui procureront les bâtiments lorsqu'il vendra l'immeuble.

Mais que cherche, somme toute, ce propriétaire qui ne revendique le fonds et les bâtiments qu'il porte que pour revendre le tout ? Il veut se procurer une certaine somme d'argent. Peu lui importe de quelles mains il la recevra. Le constructeur pourra donc garder l'immeuble sur lequel il a bâti en en payant au propriétaire la valeur, déduction faite de ce qui, dans cette valeur, correspond aux ouvrages.

« Finge eam personam esse domini, quæ receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere dicimus, eo deducto, tu, condemnandus es ».

24. — Les règles que nous venons de poser avec Celsus en ce qui concerne le chiffre de l'indemnité due au constructeur de bonne foi, ne suffisent pas pour établir tous les éléments du compte qui, lors de la revendication, doit être réglé entre le constructeur et le propriétaire.

Si le chiffre de l'indemnité est bien en principe celui que nous venons de déterminer sous certaines distinctions, ce serait une erreur de croire que le juge devra toujours fixer la condamnation à la plus-value, au montant des impenses ou à la valeur des matériaux de démolition. Presque toujours il y aura lieu d'établir dans une certaine mesure une compensation avec les fruits perçus par le possesseur.

Le possesseur de bonne foi, en effet, faisait les fruits siens : c'était l'une des faveurs accordées à la bonne foi. Mais si telle était la règle en principe, elle avait été restreinte, et le possesseur de bonne foi faisait les fruits siens non par la perception mais par la consommation. Les fruits exstants devaient être rendus au propriétaire. Or, on considère que les constructions sont faites ou présumées faites avec les fruits perçus : on considère les constructions comme représentant les fruits. Il s'en suit que les constructions doivent être rendues au propriétaire du fonds. Si donc le propriétaire doit en principe au constructeur une indemnité égale à la plus-value ou à l'impense, le constructeur de son côté doit au propriétaire les fruits qu'il a perçus et employés aux constructions. Il faudra totaliser les fruits perçus et opérer une compensation jusqu'à due concurrence. Si la valeur des fruits n'atteint pas la somme due pour les constructions par le propriétaire, c'est à celui-ci à payer la différence.

Somme toute, il en résulte que le propriétaire ne doit jamais au constructeur que l'excédent de la valeur des constructions sur celle des fruits perçus. C'est ce qu'exprime un texte de Papinien :

« *Sumptus in prædium quod alienum esse apparuit, a bona fide possessiore facti, exceptione doli opposita, per officium judicis æquitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim, admissa compensatione, superfluum sumptum meliore prædio, dominus restituere cogatur* (1).

25. — Ces règles de fond posées, il nous faut examiner une controverse de procédure soulevée par Cujas (2). Lors de la revendication exercée par le propriétaire contre le possesseur-constructeur, est-il nécessaire que celui-ci fasse insérer dans la formule l'exception de dol ?

Nous avons déjà répondu affirmativement, en indiquant comment le constructeur obtient l'indemnité qui lui est due (3). Notre opinion nous semble facile à justifier.

Si le constructeur a omis de demander au magistrat l'insertion dans la formule de l'exception de dol, le *judex* devra le condamner à restituer, sans pouvoir lui accorder aucune indemnité, sans pouvoir suppléer de sa propre autorité l'exception. Cela nous semble une conséquence nécessaire et logique de l'organisation de la procédure romaine. La formule que délivre le préteur est la limite exacte des pouvoirs du juge qui ne peut en rien statuer à côté ou au delà. Si dans certaines actions personnelles, les actions de bonne foi, le

(1) L. 48, Dig. *De rei vind.*, VI, 1. — V. aussi L. 65, *eod. tit.* et L. 42, § 1, Dig., *solut. matrim.*, XXIV, 3.

(2) CUJAS, *Comment. in lib. respons. Papin.*, ad leg. 48, *de rei vind. opera postuma*, t. I^{er}, p. 64.

(3) V. *suprà*, n° 18.

juge a un pouvoir particulièrement large, cela tient à la formule elle-même qui donne au juge des pouvoirs très étendus. Mais la formule de la *rei vindicatio* détermine très rigoureusement, restreint à des limites étroites les pouvoirs du juge. Elle porte : « *Si paret eum fundum Auli Agerii esse, judex, condemna ; si non paret absolve* ». Le pouvoir donné au juge est uniquement de rechercher si le fonds en litige appartient bien au demandeur, et si cette preuve lui est fournie, il doit condamner le défendeur.

La formule est impérative : elle est la mesure exacte des pouvoirs conférés au *judex*. Elle ne contient rien qui permette au juge d'apporter à la condamnation un tempérament quelconque, qui lui permette, alors que le droit de propriété du demandeur est prouvé, de repousser son action sous un prétexte quelconque. Le juge ne peut donc examiner si des constructions ont été élevées et si à raison de ces constructions et de la bonne foi du constructeur il y a lieu à indemnité : rien de tout cela n'est dans la formule. C'est justement pour élargir les pouvoirs du juge, pour lui permettre d'examiner les circonstances de la cause et notamment d'accorder au défendeur une indemnité, qu'il faut insérer dans la formule l'exception de dol. C'est pour cela qu'à la formule il faut ajouter cette phrase incidente : « *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* (1) ».

Il nous semble donc absolument nécessaire que le constructeur défendeur à l'action en revendication demande au prêteur l'insertion de l'exception : les pouvoirs suffisants ne sont attribués au *judex* qu'à cette condition.

26. — Cujas, pour soutenir qu'il n'est pas nécessaire d'opposer l'exception de dol, s'appuie sur l'analogie qui existe

(1) GAIUS, *Comment.*, IV, § 119.

entre la revendication et la pétition d'hérédité. Dans cette dernière action, en effet, le juge a les plus larges pouvoirs, il peut statuer dans sa sentence sur tous les points que l'insertion de l'exception de dol lui aurait permis d'examiner, sans que cette insertion soit requise : « *nec exceptio doli mali desideratur* (1) ». Nous ne nions pas qu'il y ait entre la revendication et la pétition d'hérédité une certaine analogie. Mais cette analogie nous semble insuffisante à motiver la décision de Cujas. Il y a en effet entre la pétition d'hérédité et la revendication de grandes différences, et c'est à l'un des caractères particuliers de la pétition qu'il faut attribuer les pouvoirs très larges donnés au juge par sa formule.

La revendication présente au juge une seule question, bien claire, bien nette, qu'on ne peut trancher que dans un sens ou dans l'autre, sans moyen terme : une question de propriété, et rien autre chose. Si à l'action en revendication on veut ajouter une demande accessoire ou si on veut y contre-dire par une exception, il faut de toute nécessité que le pouvoir soit donné au juge de statuer sur ces points par l'insertion d'une clause dans la formule.

L'action en pétition d'hérédité a un tout autre caractère. Les pouvoirs particulièrement étendus attribués ici au *judex* s'expliquent par le but même de cette action : une hérédité n'est pas un bien déterminé, meuble ou immeuble, c'est un ensemble de biens, une masse, une universalité, qui comprend des biens corporels et incorporels, des droits et des actions, des créances et des obligations. Il y a lieu, entre le demandeur et le défendeur à cette action, d'établir un compte : d'où la nécessité pour le juge d'avoir le pouvoir de procéder à l'établissement de ce compte. C'est ce caractère qui

(1) L. 38, Dig., de hered. pet., V, 3.

a fait dire, — à tort, cela est certain, — que la pétition d'hérédité est une action de bonne foi : la distinction entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict ne s'applique qu'aux actions personnelles, *conceptæ in jus* et nées *ex contractu* ; mais on a évidemment voulu dire par là que les pouvoirs du juge dans la pétition d'hérédité sont aussi étendus que dans les actions de bonne foi.

On comprend donc que l'exception de dol, inutile au constructeur défendeur à une pétition d'hérédité, soit nécessaire à ce même constructeur, s'il est attaqué par une revendication.

27. — D'ailleurs la nécessité de l'insertion de l'exception de dol est proclamée par plusieurs textes.

« *Sumptus in prædium, quod alienum esse apparuit* », dit un texte de Papinien que nous avons déjà cité (1), « *a bone fide possessore facti, neque ab eo qui prædium donavit, neque a domino peti possunt: verum EXCEPTIONE DOLI OPPOSITA per officium iudicis æquitatis ratione servantur.....* ». Un autre texte non moins clair, pose la même règle : « *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, PER DOLI MALI EXCEPTIONEM ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumptibus* (2) ».

La règle est encore nettement formulée aux Institutes (3) et dans nombre d'autres textes (4).

Cujas, en présence du premier de ces textes, avait voulu intercaler le mot *vel* après *opposita*, ce qui eût changé absolument le sens de la phrase et donné un puissant appui à sa théorie. Ainsi le constructeur aurait eu deux moyens pour

(1) L. 48, DIG. *De rei vind.*, VI, 1. — V. *supra*, n° 24.

(2) L. 27, § 5, *eod. tit.*

(3) § 30, INSTIT., *De divis. rer.*, II, 1.

(4) L. 7, § 12, DIG., *De adq. rer. dom.*, XLI, 1. — L. 14, DIG. *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4.

obtenir l'indemnité à raison de ses impenses : l'exception de dol, et, au cas où cette exception eût été omise, l'*officium judicis* qui y suppléerait. Mais on ne peut modifier ainsi les textes suivant les besoins de sa cause. Et d'ailleurs les autres fragments que nous avons cités ne se prêtent pas à la même modification.

Le système de Cujas repose donc uniquement sur une analogie qu'il est impossible d'admettre : nous avons montré la différence profonde entre la revendication et la pétition d'hérédité, notamment en ce qui concerne les pouvoirs du juge. L'analogie invoquée par Cujas, existât-elle, serait d'ailleurs un argument bien faible, en présence des textes absolument précis, absolument concluants que nous avons cités. Il n'est pas surprenant donc que sa théorie n'ait pas été suivie : c'est avec raison que tous les interprètes modernes la repoussent (1). Nous nous rallions sans réserve à l'opinion généralement admise.

28. — *Remarque.* — La procédure romaine ainsi organisée donnait au constructeur de bonne foi un véritable droit de rétention. Le propriétaire revendiquant était tenu en échec par l'exception *doli* tant qu'il n'avait pas payé au possesseur l'indemnité qu'il lui devait pour les impenses.

§ 2. — Le constructeur ne possède plus.

29. — Nous avons vu comment lorsque le constructeur de bonne foi possède encore l'immeuble et que le propriétaire intente contre lui la revendication, nous avons vu comment le constructeur obtient l'indemnité déterminée par la loi de Celsus. Mais supposons que le constructeur ne possède plus, comment obtiendra-t-il une indemnité ?

(1) PELLAT, *Comment. de rei vindic. Dig., ad legem 48.*

Il faut reconnaître qu'ici aucune voie juridique ne lui est plus ouverte. Nous arrivons à cette solution rigoureuse, mais logique, conforme aux principes juridiques romains : en perdant la possession, le constructeur a perdu tout moyen d'obtenir une indemnité.

En vain certains interprètes ont-ils cherché dans l'arsenal des actions romaines quelque arme qui permit au constructeur de faire valoir un droit que lui accorde certainement l'équité : nous verrons que leurs recherches furent vaines ; ici les règles de la procédure aboutissent à une véritable iniquité.

30. — A Rome, nul ne peut agir en justice que s'il a une action. Et une action n'est accordée qu'à certaines conditions, déterminées pour chaque variété particulière. Or celui qui a construit sur le terrain d'autrui n'a aucune espèce d'action : il ne remplit pas les conditions requises pour obtenir du préteur la formule d'une action quelconque. C'est ce que nous démontrerons en passant en revue les différentes actions que les interprètes ont cru pouvoir lui être accordées.

S'il possède, il n'a pas à agir en justice : il attend le propriétaire, et c'est quand celui-ci l'attaque par une *rei vindictio* qu'il riposte par cette exception bien commode, bien large, qui peut être accordée à tout défendeur qui a à faire valoir une contre prétention fondée sur l'équité, sur la bonne foi, l'*exceptio doli*. Mais aucune action n'a le caractère large de l'*exceptio doli* : l'*actio doli* a un caractère particulier, pénal, extrêmement restreint ; il n'existe pas à Rome d'action correspondant à l'exception de dol, permettant de faire valoir un droit fondé uniquement sur l'équité.

Le constructeur, en perdant la possession, a perdu toute voie de droit pour se faire indemniser. D'action, il n'en a point. D'exception, il n'aura jamais occasion d'en invoquer, puisque, n'étant plus possesseur, il ne sera l'objet d'aucune

action de la part du propriétaire. Le constructeur qui a perdu la possession est sans arme pour réclamer une indemnité.

Cette solution est constatée par des textes qui ne peuvent nous laisser aucun doute :

« *Paulus respondit, eum, qui in alieno solo ædificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, QUAM SI POSSEDEAT, et ab eo dominus soti rem vindicet : scilicet opposita doli mali exceptione (1) ».*

Ce texte, bien formel, est encore confirmé par celui-ci : «.... *Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, NULO ALIO MODO, QUAM PER RETENTIONEM, impensas servare posse (2) ».*

Ces textes ne peuvent laisser aucun doute. Aussi aujourd'hui notre solution est-elle généralement acceptée (3).

Mais les commentateurs de l'ancienne école, et notamment Cujas et Pothier n'avaient pu s'y résigner. Ils s'efforcent de chercher un remède à cette conséquence du formalisme romain : c'était une intéressante question que celle de savoir quelles atténuations pouvaient être apportées à tant de rigueur, quelles actions pourraient être accordées.

31.— Les auteurs qui se sont livrés avec le plus de conviction à ces recherches partent tous de cette idée qu'il est impossible qu'à la belle époque, à cette période classique où le droit romain mérita d'être appelé la raison écrite, le constructeur de bonne foi qui, sur un fonds ne lui appartenant pas, a élevé des bâtiments, soit ainsi désarmé. A cette époque, le prêteur

(1) L. 14, DIG., de doli mali et met. except., XLIV, 4.

(2) L. 33, in fine, DIG., de condict. indebiti, XII, 6.

(3) V. ACCARIAS, t. 1^{er}, § 257, p. 614. — DU CAURROY, *Instit. de Just.*, t. 1^{er}, n° 372. — ÉTIENNE, *Inst. de Just.*, t. 1^{er}, sur le § 30, de div. rer., II, 1, p. 238. — DE FRESQUET, t. 1^{er}, p. 276. — LARICHE, *Explicat. des Inst. de Just.*, t. 1^{er}, n° 755. — G. MAY (1^{re} édition), t. 1^{er}, n° 201, p. 327. — MAYNZ, t. 1^{er}, § 189. — VAN WETTER, t. 1^{er}, § 100 et 117. — WARNKÖNIG, t. 1^{er}, n° 2246.

n'avait-il pas depuis longtemps déjà, lutté contre les conséquences rigoureuses de l'ancien formalisme ? n'avait-il pas fait disparaître peu à peu toutes les anciennes iniquités ? Ne trouvons-nous pas proclamé dès cette époque le principe qui a pris dans notre droit moderne une si grande importance, ce principe d'équité qui s'impose dans toutes les législations : Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (1) ? Le propriétaire qui reprend son immeuble avec les constructions qu'il porte sans avoir à indemniser le constructeur, ne s'enrichit-il pas aux dépens de celui-ci ? Le principe que proclament les textes serait aussi violé d'une façon flagrante. Le préteur a dû corriger le droit civil dans ce qu'il avait de rigoureux et d'inique, il a dû mettre d'accord les principes de l'équité et du droit. Il y avait certainement une voie de droit ouverte au constructeur pour se faire indemniser, il faut le découvrir.

Parmi les voies de droit proposées, nous n'examinerons que celles mises en avant par Cujas et par Pothier. D'ailleurs, aujourd'hui, il y a unanimité des interprètes à rejeter les solutions qu'ils ont proposées : la discussion approfondie a, par cela même, perdu beaucoup de son intérêt ; nous ne ferons que rappeler leurs théories et indiquer les arguments qui les réfutent d'une façon péremptoire.

32. — Pothier (2) pense que le constructeur a pour réclamer au propriétaire l'indemnité qui lui est due une *actio negotiorum gestorum utilis*. Il fonde son opinion sur deux textes qui nous semblent insuffisants pour entraîner notre adhésion

(1) *Hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores* (L. 14, Dig., de condict. indeb., XII, 6. — L. 206, Dig., de reg. juris, L. 17).

(2) POTHIER, *Traité du quasi-contrat negotiorum gestorum* (appendice au traité du mandat) n^{os} 189 et suiv., p. 1172. — V. la même théorie soutenue par HENRI SERRE, *Thèse*, p. 56 et s.

Le premier texte invoqué par Pothier est un texte de Julien. Le voici : « *Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa : Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse : qui enim depredandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, imo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia meo accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem* (1) ». Ainsi, dit Pothier, Julien reconnaît au *prædo* qui, dans une intention de lucre, s'est emparé de mon immeuble et y a fait des impenses, une action contraire de gestion d'affaires, au moins jusqu'à concurrence de l'enrichissement qu'il m'a procuré. A plus forte raison en est-il de même du cas où il s'agit non plus d'un *prædo*, mais d'un possesseur de bonne foi dont la situation est beaucoup plus digne de faveur.

Le raisonnement de Pothier ne nous semble pas convainquant. Il est vrai que le *prædo*, dans le cas particulier prévu au texte, a une action contre le propriétaire qui bénéficie de ses impenses. Mais il importe de remarquer l'esprit du texte, de constater pourquoi et dans quelles circonstances cette action est donnée au *prædo*. L'esprit du texte que nous avons reproduit est plutôt un sentiment de défaveur. Il n'y a pas véritablement, le texte le constate, gestion d'affaires. « *Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse* ». Et c'est pour que le propriétaire puisse demander compte à cet usurpateur des dégradations qu'il a pu commettre sur l'immeuble ou des bénéfices qu'il a pu en retirer, que par une extension, c'est-à-dire par une exception au principe, on donne au propriétaire l'action de gestion d'affaires : « *et is*

(1) L. 6 § 3, Dig., *De negot. gest.*, III, 5.

tenebitur negotiorum gestorum actione ». L'action est donnée tout d'abord au propriétaire contre le *prædo*. C'est par réciprocité, pour éviter une inégalité choquante, qu'on n'a pas cru devoir refuser à celui-ci l'action contraire pour le cas où il aurait amélioré le fonds : encore ne la lui accorde-t-on que jusqu'à concurrence de l'enrichissement procuré au propriétaire. Il est bien évident que c'est là une disposition exceptionnelle ; c'est une application extensive de l'action de gestion d'affaires, il est donc impossible de l'étendre encore, ainsi que l'a voulu faire Pothier.

Le second texte invoqué par lui en faveur de cette même solution ne nous paraît pas plus probant. Il nous semble commettre la même faute : étendre une décision toute exceptionnelle. Ce texte est d'Africain : il traite d'un cas tout particulier : « *Si rem, quam servus venditus subripiisset a me venditore, emptor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit: de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit: ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum gessisses* » (1). Le texte d'Africain proclame à l'appui de sa solution particulière un principe extrêmement contestable, qui est contredit par l'unanimité des jurisconsultes. Tous les auteurs exigent, pour qu'il y ait gestion d'affaires, et par suite action de gestion d'affaires, que le gérant sache qu'il fait l'affaire d'autrui et non la sienne propre. La doctrine d'Africain est absolument isolée, et il nous semble bien être là en présence d'une opinion dissidente, absolument insuffisante à baser une théorie comme celle de Pothier.

Il nous semble contraire à la notion même de la gestion d'affaires de donner l'action *negotiorum gestorum*, fut-ce même l'action utile, au possesseur qui construit pour lui, sur

(1) L. 49, *init.*, *eod. tit.*

un terrain qu'il croit sien. Nous retrouvons d'ailleurs cette question dans la partie de cette étude consacrée au droit civil actuel : nous verrons que le fondement de l'indemnité accordée au constructeur est, non une gestion d'affaires dans laquelle le constructeur serait le gérant et le propriétaire du sol le maître de l'affaire, mais l'enrichissement que l'accèsion procure au propriétaire au détriment du possesseur (1). Or, la notion des actions fondées sur l'enrichissement était loin à Rome d'avoir l'ampleur qu'elle a acquise dans notre droit moderne : on comprend que le formalisme qui s'est toujours maintenu dans le droit romain, en ait empêché l'application dans certains cas particuliers.

Nous constatons bien qu'en équité une indemnité est due par le propriétaire au constructeur : mais il ne nous semble pas que Pothier ait découvert la voie de droit permettant à celui-ci de l'obtenir contre celui-là.

33. — La théorie de Cujas (2) semble au premier abord plus acceptable. Comme nous, et comme tous les romanistes modernes, il admet, en présence des textes formels que nous avons cités, que le constructeur ne peut rien réclamer autrement que par voie d'exception, c'est-à-dire qu'il ne peut obtenir d'indemnité qu'à condition de posséder. Il s'agit donc, non pas de découvrir une action qui permette au constructeur d'introduire immédiatement et directement sa demande en indemnité, mais seulement de donner au constructeur une voie de droit qui le fasse rentrer dans sa possession : c'est seulement ensuite et lorsque le propriétaire agira par la revendication qu'il sera indemnisé.

Nous verrons que, posé dans ces termes, le problème pa-

(1) V. *infra*, n° 131.

(2) CUJAS, in *Libr. II, Instit. Justin.*, cap. I, § XXX, t. 1^{er}, p. 67, et *Observat.*, lib. X, cap. IV, t. III, p. 276.

V. cette théorie soutenue par HENRI SERRE, *Thèse*, p. 51 et s.

raît, dans certains cas, susceptible de solution. Mais les solutions proposées par Cujas ne nous semblent pas exactes.

Pour lui faire recouvrer la possession sans laquelle il ne peut arriver à obtenir aucune indemnité, Cujas donne au constructeur la *condictio indebiti*, et aussi une *condictio incertæ possessionis*. Le constructeur a, au dire de Cujas, une *condictio indebiti*, parce que, en restituant le fonds sans réclamer ce qui lui était dû à raison des travaux qu'il y avait faits, il a payé véritablement par erreur ce qu'il ne devait pas. Cujas invoque à l'appui de cette opinion un certain nombre de textes (1). Mais ces textes ne nous semblent avoir aucune force probante : il y est question de personnes qui, réellement débitrices, ont payé par erreur plus qu'elles ne devaient ; elles ont donc, somme toute, payé ce qu'elles ne devaient pas. Il est bien vrai alors de dire qu'il y a eu paiement de l'indu, qu'il y a lieu à *condictio indebiti*. Mais nous ne voyons pas comment la solution donnée par ces textes pourrait s'étendre au cas qui nous occupe. Le fait par le possesseur de remettre au véritable propriétaire le fonds qui lui appartient, ou le fait de laisser ce propriétaire en possession de son immeuble ne sauraient constituer un paiement de l'indu. Et un texte du titre *de condictione indebiti*, a prévu le cas qui nous intéresse, donnant une solution qui contredit formellement l'opinion de Cujas ; en présence de cette décision absolument catégorique il nous paraît inutile d'entrer plus avant dans cette discussion : « *Sed si is, qui in aliena area ædificasset, ipse possessionem tradidisset, condictio non habebit : quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat* » (2).

(1) L. 19, § 1. Dig., *de don. int. viv. et ux.*, XXIV, 1. — L. 40, § 1. Dig., *de condict. indeb.*, XII, 6. — L. 21, Dig., *ad sen. Treb.*, XXXVI, 1.

(2) L. 33. Dig., *de condict. indeb.*, XII, 6.

Cujas, avons-nous dit, donne aussi au constructeur une *condictio incertæ possessionis*. Qu'était cette action ? Nous ne la trouvons mentionnée par aucun texte. N'en connaissant ni les caractères, ni les conditions d'exercice, ni même l'existence, nous ne pouvons en discuter l'application proposée par Cujas.

34. — Aucune action ne permet au constructeur qui a perdu la possession de se faire indemniser par le propriétaire du fonds construit. Mais il est très certain que ce constructeur obtiendra indirectement son indemnité s'il parvient à rentrer en possession. Or, si d'une façon générale, aucune action ne lui permet de reconquérir cette possession en invoquant qu'il lui était dû une certaine somme pour impenses, il est certaines circonstances, il est certaines situations qui peuvent lui permettre de se faire réintégrer dans la possession de l'immeuble.

C'est ainsi notamment que dans bon nombre de cas il pourra invoquer un des interdits que le préteur donne au possesseur dépossédé. Ainsi si c'est par violence que le propriétaire lui a repris l'immeuble, il pourra par l'interdit *unde vi* rentrer en sa possession : et quand, employant une voie légale pour reprendre son immeuble, le propriétaire intentera la revendication, l'*exceptio doli* permettra au constructeur d'obtenir son indemnité. De même, si durant son absence on s'est emparé du fonds, il aura l'interdit *uti possidetis* : dans l'hypothèse où nous nous plaçons, en effet, le constructeur est un possesseur de bonne foi, et cet interdit protège la possession de bonne foi, celle qui s'exerce *nec vi, nec clam, nec precario*. Lorsque, par l'un de ces interdits le constructeur triomphe contre le propriétaire, cette victoire n'est que momentanée : bientôt par la revendication, le propriétaire l'emportera définitivement. Mais cette reprise de possession lui aura procuré le rôle de défendeur à la re-

vendication, elle lui aura permis d'opposer l'exception de dol (1).

Les interdits ne semblent pas être la seule voie de droit qui permette au constructeur dépossédé de faire valoir ses droits à l'indemnité. M. Accarias pense que parfois il peut recourir à la Publicienne. Si en effet le possesseur constructeur est *in causa usucapiendi*, c'est-à-dire si, outre la bonne foi que nous lui supposons, il peut invoquer un juste titre, le prêteur lui donne une action particulière, analogue à la revendication. Cette action, dirigée contre le véritable propriétaire, échoue devant l'*exceptio justi dominii*. Mais c'est justement à cette exception soulevée par le propriétaire défendeur que le constructeur répondra par une *replicatio doli* ; il fera ainsi valoir son droit à une indemnité. Ce jeu d'action, d'exception et de *replicatio* nous semble bien conforme tant aux principes de la procédure romaine qu'au caractère particulier de la Publicienne. Mais nous devons reconnaître qu'aucun texte ne vient confirmer cette solution (2).

35. — Voilà les seules armes que nous puissions reconnaître au possesseur de bonne foi lorsque pour une raison ou pour une autre il a perdu la possession de l'immeuble bâti :

Que, s'il remplit les conditions auxquelles le prêteur accorde les interdits, il s'empresse de les intenter, de reprendre sa possession. Que, s'il est *in causa usucapiendi*, il agisse par la Publicienne, en admettant la proposition de M. Accarias.

Mais s'il n'est pas dans les conditions requises pour l'exercice des interdits ou pour l'accomplissement de l'usucapion, il faut bien reconnaître que le constructeur de bonne foi dépossédé, se trouve complètement désarmé. S'il a, volontaire-

(1) V. sur ces points DE FRESQUET, *Traité de Droit romain*, t. I^{er}, p. 278. — DEMANGEAT, *Cours de Droit romain*, t. I^{er}, p. 470 et s.

(2) ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, t. I^{er}, § 257, note 2, p. 614.

ment ou non, laissé le propriétaire rentrer en possession de son immeuble, il doit être censé lui avoir fait remise de l'indemnité : sinon, il a commis une négligence. Si c'est par négligence, la faute qu'il a commise sera punie d'une façon bien rigoureuse. Mais les Romains semblent peu compatissants pour ceux qui commettent des erreurs, s'il faut en croire une règle de Pomponius que nous trouvons au Digeste : « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* » (1). Celui qui par sa faute souffre un préjudice n'est pas censé le souffrir.

SECTION II. — Constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi.

36. — A certains égards le possesseur de bonne foi dont nous venons d'examiner la situation, se recommande à la faveur du législateur. S'il commet une faute en construisant sur un terrain qui n'est pas sien, il mérite une certaine indulgence lors du châtement : sa bonne foi lui est un titre à la bienveillance. S'il a commis une erreur, c'est souvent une erreur excusable.

Le possesseur de mauvaise foi, dont nous allons nous occuper, ne peut prétendre à aucune faveur. C'est, ainsi que le nomment les textes, le *prædo*, l'usurpateur. Le terrain sur lequel il construit, il sait qu'il ne lui appartient pas, il sait qu'il y a un vrai propriétaire dont il viole le droit : le fait de construire qui, chez le possesseur de bonne foi, est une simple faute, prend ici un caractère plus grave ; il y a une violation du droit de propriété commise en connaissance de cause.

(1) L. 203, Dig., *De reg. jur.*, L., 17.

En raison, on comprend donc que le législateur se soit montré sévère à l'égard du *prædo*, qu'il ait usé de rigueur. Toutefois il nous semble que le droit romain primitif a exagéré cette rigueur.

37. — Si, sur le sol qu'il savait ne pas lui appartenir, le *prædo* a élevé des constructions, il ne pourra prétendre à leur occasion à aucune indemnité.

A son sujet, les Romains avaient posé une singulière présomption : *donasse videtur* (1). Le possesseur de mauvaise foi qui a édifié des constructions est censé avoir eu l'intention d'en gratifier le propriétaire. Présomption étrange au premier abord, mais qui cependant s'explique. Quel a pu être le mobile de celui qui construit sur un sol dont il sait n'être pas le propriétaire ? Comment expliquer honnêtement cet acte, si ce n'est par une intention de libéralité ? Mais, il faut reconnaître que cette présomption n'est pas conforme à la réalité, qu'on ne peut dire relativement à elle : *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Dans cette présomption il y a même quelque ironie ; on vient dire au constructeur : nous ne pouvons croire à des motifs qui, de votre part, seraient blâmables, nous préférons supposer que vous avez eu une louable intention de libéralité.

Par cette fiction, le constructeur de mauvaise foi se trouve absolument dépouillé : aucune indemnité ne lui peut être accordée, quel qu'importants que soient les bâtiments dont profite le propriétaire. A la revendication de celui-ci, le *prædo* ne peut répondre en invoquant l'exception de dol : le prêteur la lui refuse. Un *prædo*, opposer au véritable propriétaire une exception de dol, ce serait trop d'audace.

Cette présomption *donasse videtur* a été appliquée par l'an-

(1) L. 7, § 12, Dig., de *adq. rer. dom.*, XLI, 1.

cien droit romain dans toutes ses conséquences logiques. Non seulement lors de la revendication du *dominus* le constructeur de mauvaise foi ne pourra demander aucune indemnité, mais même, lorsque la construction viendra à tomber en ruine ou lorsque pour une raison quelconque elle sera démolie, il ne pourra — ce qui était la dernière ressource du constructeur de bonne foi non indemnisé — prétendre à la reprise des matériaux. En vertu de la fiction *donasse videtur* il est censé en avoir gratifié le propriétaire du sol. Ils appartiennent donc au *dominus*, non seulement en tant que construction, ce qui est la conséquence directe de l'accession, mais aussi en tant que matériaux, c'est la conséquence de notre présomption.

« *Et si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur; itaque neque diruto quidem ædificio vindicatio ejus materiæ competit* (1) ».

38. — Remarquons que cette solution d'une extrême simplicité dans sa rigueur ne donne ouverture à aucune distinction. Il n'y a plus lieu ici de distinguer comme nous l'avons fait pour le possesseur de bonne foi, suivant que le constructeur possède encore ou ne possède plus. Dans un cas comme dans l'autre, il ne peut être question d'indemnité.

Que si le *prædo* qui a perdu la possession remplit parfois les conditions requises pour l'exercice de certains interdits récupérateurs, l'*unde vi* par exemple, il l'intente et rentre ainsi en possession, cela n'aura aucune influence au point de vue qui nous occupe ; cela ne lui donnera pas d'autre avantage à l'égard du *verus dominus* que d'être défendeur à l'action en revendication que celui-ci lui intentera : il ne pourra pour cela prétendre à aucune indemnité à raison de ses constructions.

(1) L. 7, § 12, *supra cit.*

39. — Telle était la rigoureuse situation que l'ancien droit romain faisait au *prædo* constructeur. C'est celle que Gaius indique dans un texte que nous avons reproduit en partie (1). C'est celle aussi que nous donnent les Institutes de Justinien (2), bien qu'à l'époque du Bas-Empire elle soit abandonnée depuis longtemps déjà. Cet anachronisme s'explique par la manière dont ont été rédigées les compilations Justinianéennes et particulièrement les Institutes. Leurs rédacteurs avaient l'habitude de suivre Gaius, non seulement dans ses idées générales et dans son plan, mais même dans les solutions de détail.

40. — Cette solution était contraire à un principe supérieur d'équité, en même temps que sa rigueur était injustifiée dans certaines situations particulières.

C'est un principe d'équité proclamé déjà par les jurisconsultes romains que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (3). Il n'est pas équitable, il n'est même pas moral qu'une richesse soit enlevée à l'un et donnée à l'autre sans compensation pour le premier. Or c'est ce qui arrive lorsque, revendiquant son immeuble contre un constructeur de mauvaise foi, le propriétaire reprend le fonds avec les bâtiments qui le couvrent sans aucune indemnité pour celui qui les a élevés.

Et si on peut parfois comprendre la rigueur de la solution primitive comme un châtement de la mauvaise foi, il est des circonstances où ce châtement est exagéré, injuste. Si l'on peut admettre la règle ancienne en présence de l'usurpateur, de celui qui s'empare sans titre du bien d'autrui, cette règle devient d'une sévérité excessive, elle est d'une iniquité fla-

(1) L. 7, § 12, Dig., *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

(2) § 30, Inst., *de div. rer.*, II, 1.

(3) L. 206, Dig., *de reg. jur.*, L. 17.

grante vis-à-vis de celui qui, de bonne foi au début de sa possession, découvre par la suite le vice dont son titre était entaché, vis-à-vis de celui qui apprend au cours de sa jouissance l'existence du véritable propriétaire. En faveur de celui-ci on a posé, en matière d'usucapion, la règle *mala fides superveniens non nocet* : lorsque l'usucapion a commencé à courir grâce à la bonne foi, la connaissance que le possesseur vient à avoir de sa véritable situation juridique ne l'empêche pas de continuer à prescrire. Eh ! bien, supposons que celui qui se trouve dans une semblable situation, à qui il ne reste que peu de temps à laisser passer pour que l'usucapion soit accomplie, supposons que, sûr de devenir sous peu propriétaire incommutable, ce possesseur construit. Mais avant que le délai ne soit complètement écoulé, le propriétaire survient et revendique son immeuble. En vertu de la règle admise, le constructeur, même dans cette situation, n'obtiendra aucune indemnité. Lorsqu'il a construit, il était de mauvaise foi : peu importe qu'au début il ait été de bonne foi. C'est la solution que nous trouvons encore proclamée par Ulpien :

« *Si in aliena area ædificassem, cujus bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificavi quo jam sciebam alienam, videamus, an nihil mihi exceptio prosit ; nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito ? Puto autem huic exceptionem non prodesse : nec enim debuit, jam alienam certus, ædificium ponere (1) » .*

41. — Mais la manière même dont Ulpien pose la question indique qu'un doute déjà s'élevait à l'occasion de ce cas particulier. L'application de la présomption *donasse videtur* avait déjà paru trop rigoureuse à certains. L'esprit d'équité, de justice, qui domine chez les jurisconsultes de cette époque

(1) L. 37, Dig., de rei vind., VI, 1. — Cprz, L. 48, § 1, Dig., de aq. rer. dom., XLI, 1.

battait en brèche une présomption aussi peu conforme à la réalité des faits qu'exagérée dans ses conséquences. Dès l'époque d'Ulpien, si aucune indemnité n'est encore accordée au constructeur de mauvaise foi, du moins on admet la possibilité de la revendication des matériaux lors de la démolition. Ce fut le résultat d'une constitution de l'empereur Antonin Caracalla, en l'an 219 :

« *Si vero fuerit dissolutum, materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide, sive mala ædificium exstructum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint* (1) ».

Voilà le premier coup porté à cette fameuse présomption *donasse videtur* dont nous aurons à parler encore dans la partie de cette étude consacrée au droit français, à propos des constructions élevées par un usufruitier : nous la verrons invoquée aujourd'hui encore par certains auteurs. Or, dès cette époque on avait compris le mal fondé de cette fiction et on commençait à la restreindre.

Jusqu'alors elle avait été admise d'une façon absolue : désormais on peut la combattre par la preuve contraire. Au point de vue pratique, sans doute, la constitution d'Antonin Caracalla présente peu d'importance : le droit accordé au constructeur de mauvaise foi est peu considérable ; c'est seulement la revendication de matériaux de démolition, et ceux-ci n'ont plus qu'une bien minime partie de la valeur qu'ils avaient étant neufs. Mais au point de vue juridique, c'est une sérieuse innovation : elle ne devait pas tarder à être suivie d'autres constitutions ou de décisions des jurisconsultes qui étendaient considérablement les droits des constructeurs de mauvaise foi.

42. — Ulpien qui, nous l'avons vu, refuse au possesseur de

(1) C. 2, Cod., de rei vind., III, 32.

mauvaise foi l'*exceptio doli mali*, lui permet d'enlever ses constructions, à condition qu'il n'en résulte pour le fonds aucune détérioration : « *Hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areæ tollat ædificium quod possit* (1) ».

Nouveau progrès. Ce droit d'enlever des constructions tout ce qui peut se détacher sans que le propriétaire voie son immeuble déprécié, n'aboutissait-il pas dans la pratique à donner au constructeur un moyen d'obtenir indirectement une indemnité ? Le possesseur de mauvaise foi ne pouvait-il, lorsque le propriétaire revendiquait contre lui, lui tenir ce langage : indemnisez-moi de mes constructions, payez-m'en la valeur, sans quoi je les démolis ? Et le propriétaire désireux de conserver des constructions qui augmentaient la valeur de son immeuble ne devait-il pas chercher à s'entendre avec le possesseur pour retenir les bâtiments moyennant une somme voisine de la plus-value procurée au fonds ? Il est permis de le penser,

43. — La voie est ouverte.

L'empereur Gordien confirme la solution donnée par Ulpien, et va plus loin. Ne faisant peut-être que sanctionner une règle admise déjà par la pratique, il permet au constructeur de mauvaise foi de réclamer du propriétaire le remboursement des impenses nécessaires. Voici cette solution d'une équité évidente :

« *Malæ fidei possessores... non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habent repetitionem nisi necessarias sumptus fecerint ; sin autem utiles, licentia eis permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre* (2) ».

44. — Est-ce là le dernier état du droit romain ? N'a-t-on pas été dans cette voie plus loin encore ?

(1) L. 37, Dig. *De rei vind.*, VI, 1.

(2) C. 3, Cod., *De rei vind.*, III, 32.

Voici un texte de Paul qui applique déjà avec une remarquable largeur de vue le principe qui domine la matière dans notre droit actuel : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Il admet même pour le constructeur de mauvaise foi le remboursement des impenses utiles.

« *Plane in cæteris necessariis, et utilibus impensis posse separari : ut bona fidei quidem possessores has quoque impudent : prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum : non enim debet petitor ex aliena jactura, lucrum facere : et id ipsum officio judicis continebitur : nam nec exceptio doli mali desideratur. Plane, potest in eo differentia esse, ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit ; sicut tutor vel curator consequuntur : prædo autem non aliter quam si res melior sit (1) ».*

Ainsi, d'après Paul, le constructeur de mauvaise foi pourrait exiger le remboursement de ses impenses, même utiles. Il veut appliquer complètement le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui : *Non debet enim petitor ex aliena jactura lucrum facere.*

Mais s'il en est ainsi, il n'y a plus de différence de traitement entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Paul le reconnaît. La seule différence, dit-il, semble consister en ce que le possesseur de bonne foi peut toujours réclamer le montant de ses impenses, même si la chose a péri, tandis que le possesseur de mauvaise foi ne peut le demander que si la chose a été et demeure améliorée.

Que faut-il penser de ce texte ? Marque-t-il véritablement l'état du droit romain à l'époque de Paul ? N'est-ce au contraire

(1) L. 38, Dig., de heredit. pet. V, 3.

que l'opinion particulière du jurisconsulte sur un certain point ?

Le texte de Paul ne nous inspire pas pleine confiance. Remarquons que les termes mêmes qu'emploie le jurisconsulte ne sont pas franchement affirmatifs : il semble bien que ce soit seulement une opinion personnelle que lui-même trouve hardie et qu'il n'avance que timidement : *Benignius est..., potest in eo differentia esse...* Remarquons aussi que cette décision se trouve dans le titre consacré à la *petitio hereditatis*, matière toute spéciale, action présentant des caractères particuliers. Ce qui explique, soit dit en passant, comment le possesseur défendeur peut, d'après ce texte, obtenir le remboursement de ses impenses sans avoir à invoquer l'exception de dol, simplement *per officium iudicis* (1).

La solution de Paul pourrait être admise si Paul se trouvait chronologiquement à la fin de l'évolution des idées juridiques romaines : sa théorie serait la dernière phase de la lutte contre l'ancienne fiction *donasse videtur*, elle marquerait le triomphe de l'équité. Mais Paul est antérieur à Ulpien et à Gordien : si sa théorie avait été admise à son époque, les décisions par lesquelles Ulpien d'abord et Gordien ensuite accordent au possesseur de mauvaise foi le droit d'enlever les constructions, tout en lui refusant toute indemnité au cas de son enlèvement, de même que celle par laquelle Gordien lui accorde le remboursement de ses impenses nécessaires, ces décisions ne se comprendraient pas : non seulement elles ne feraient qu'édicter des règles admises depuis longtemps, elles ne contiendraient rien de nouveau, mais même elles marqueraient un pas en arrière.

(1) V. *suprà*, n° 26.

Toutes ces raisons nous portent à considérer l'opinion de Paul comme n'étant que la doctrine spéciale de ce jurisconsulte. Il est permis de penser que c'est seulement la solution d'un cas particulier pouvant se présenter en matière de pétition d'hérédité : ainsi s'expliquerait la place marquée par ce texte au Digeste.

45. — En résumé, voici, selon nous, la situation juridique faite au constructeur de mauvaise foi dans le dernier état du Droit romain :

La règle *donasse videtur* est maintenue, et l'ancien principe que nulle indemnité n'est due par le propriétaire au constructeur de mauvaise foi, subsiste (1). Toutefois cette fiction n'est plus admise en ce qui concerne les impenses nécessaires et le possesseur peut toujours en demander le remboursement (2).

Mais la fiction peut être combattue par la preuve contraire. S'il prouve n'avoir pas eu l'*animus donandi*, le constructeur de mauvaise foi peut, avant de restituer le fonds au *verus dominus*, enlever les constructions, à condition cependant que le fonds, lors de sa reddition, n'ait pas de ce fait diminué de valeur eu égard à son état lors de l'entrée en possession (3) : s'il n'a pas usé de ce *jus tollendi* lors de la restitution, il peut encore revendiquer les matériaux lors de la démolition de l'édifice (4).

(1) L. 7, § 12, Dig., *De adq. rer. dom.*, XLI, 1. — § 30, Inst., *de div. rer.*, II, 1.

(2) C. 3, Cod., *de rei vind.*, III, 32.

(3) L. 37, Dig., *de rei vind.*, VI, 1. — C. 5, Cod., *de rei vind.*, III, 32.

(4) C. 2, Cod., *de rei vind.*, III, 32.

CHAPITRE · III

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES SUR LE TERRAIN D'AUTRUI PAR TOUT AUTRE QU'UN POSSESSEUR.

46. — C'est à dessein que nous donnons à ce chapitre une rubrique aussi compréhensive que possible. Dans le chapitre précédent nous avons exposé les règles relatives aux constructions élevées par un possesseur de bonne ou de mauvaise foi. C'est la partie caractéristique de cette étude : c'est, en fait de constructions sur le terrain d'autrui, le point sur lequel se sont portées les discussions et controverses des auteurs.

Mais, pour être complet, nous devons examiner les nombreuses situations où tout autre que le propriétaire, — sans être possesseur, — élève des constructions. Nous le ferons rapidement.

47. — Tous les textes que nous avons cités jusqu'alors supposent que les constructions ont été élevées par un possesseur. Que faut-il décider si le constructeur se trouve avec le propriétaire dans certains rapports spéciaux, contractuels ou quasi-contractuels ?

Les solutions précédemment indiquées ne peuvent plus s'appliquer ici : il faut, pour chaque cas particulier, recourir aux règles spéciales au rapport qui existe entre le propriétaire et le constructeur.

Toutefois, il est une règle importante que nous aurons l'occasion d'appliquer à bon nombre des situations que nous

devons envisager : c'est la théorie des impenses, les constructions pouvant fréquemment se ranger sous cette dénomination. Le droit romain distingue — et notre droit actuel distingue encore comme lui — trois sortes d'impenses : impenses nécessaires, impenses utiles et impenses voluptuaires. Les impenses nécessaires, celles sans lesquelles la chose eût été détruite ou eût subi une sérieuse détérioration, sont toujours remboursées intégralement : le propriétaire eût dû les faire ; en les faisant, le détenteur de l'immeuble a enrichi le propriétaire d'autant ; l'enrichissement étant égal à l'impense, celle-ci doit être restituée complètement. Les impenses utiles procurent toujours à celui qui les a faites une indemnité égale au montant même de ces impenses, ou tout au moins à la plus-value qui en est résultée. Les impenses voluptuaires enfin, impenses de luxe, comme leur nom l'indique, n'augmentent pas véritablement la valeur de la chose qui en est l'objet ; le propriétaire ne doit généralement rien à leur occasion (1).

Presque toutes les questions que nous allons rencontrer pourront se résoudre par la combinaison de cette règle tant avec les principes spéciaux au rapport juridique existant entre le propriétaire et le constructeur qu'avec les principes fondamentaux de notre matière.

48. — Dans un intérêt de méthode, nous divisons nos explications en cinq sections :

La première sera consacrée au cas où les constructions sont élevées par un *détenteur précaire*. Ce détenteur peut avoir un droit personnel ou un droit réel. Il a un droit personnel s'il est locataire, commodataire, précariste, gagiste,

(1) LL. 38 et 39, Dig., *de her. pet.*, V, 3. — L. 55, § 1, Dig., *loc. cond.*, XIX, 2. — L. 1 pr., Dig., *de imp. in res dot. fact.*, XXV, 1.

antichrésiste. Il a un droit réel, s'il est superficiaire, usufruitier, emphytéote.

Dans la deuxième section, nous traiterons du constructeur *mandataire ou gérant d'affaires*.

Un court aperçu des pouvoirs du *mari* sur les biens de la femme et sur les biens dotaux, au point de vue particulier des constructions, constituera la troisième section.

Le sort des constructions élevées par un *copropriétaire* ou un *associé* sera l'objet de la quatrième.

Enfin, point délicat, nous nous demanderons s'il pouvait se présenter une question à propos des constructions élevées par un *propriétaire sous condition résolutoire*, et quelle devait être la solution.

SECTION I. — Constructions élevées par un détenteur précaire.

49. — Les questions que nous traitons dans cette section présentaient certainement une assez grande importance pratique. Mais au point de vue juridique l'intérêt est moindre. Nous pourrions passer rapidement en ce qui concerne les détenteurs n'ayant qu'un droit personnel : nous devons insister davantage relativement aux détenteurs ayant un *jus in re*.

§ 1. — Détenteurs précaires à droit personnel.

50. — Sous cette dénomination se rangent le locataire, le commodataire, le précariste, l'antichrésiste.

Nous aurons à donner quelques développements relativement aux constructions élevées par le premier. En ce qui concerne les suivants, nous pourrions être très brefs.

I. — *Locataire.*

51. — Nous prenons ce mot dans son sens strict. Nous entendons par là le preneur d'un immeuble en vertu d'un bail simple, et non en vertu des baux particuliers donnant un droit réel que nous étudierons plus tard, emphytéose ou superficie.

Au cas où aucune clause particulière n'est insérée au bail relativement aux constructions que le locataire pourrait élever sur l'immeuble loué, et où le preneur a élevé des constructions, quelle est la situation juridique faite respectivement au bailleur et au preneur? Quels sont leurs droits respectifs sur ces constructions? Telle est la question que nous avons à résoudre.

52. — Pendant la durée du bail, à qui appartiennent les constructions? C'est là une question délicate qui se ramène à cette autre plus générale : l'accession se produit-elle quel que soit le constructeur?

Aucun texte ne nous permet de répondre catégoriquement. Mais il nous semble que la règle *superficies solo cedit* a un caractère général. Les matériaux s'incorporent au sol au fur et à mesure qu'ils lui sont réunis, sans qu'il y ait à distinguer suivant la qualité juridique de celui qui construit. Nous pensons donc que le locataire qui a bâti sur le terrain qu'il tient à bail, n'a sur ces constructions, considérées comme telles, que le droit de jouissance qu'il a sur le sol lui-même. S'il conserve, ainsi que nous l'avons vu, la propriété des matériaux en tant que matériaux, c'est le propriétaire du sol qui est propriétaire des constructions.

53. — Lorsque le bail prend fin, le bailleur reprend donc son fonds avec l'édifice qui est sa propriété *jure accessionis*. Le propriétaire s'enrichit évidemment de la plus-value pro-

curée au sol par cette construction. Mais ici le locataire constructeur n'est plus dépourvu d'action comme l'était le possesseur. Le contrat de bail donne aux deux parties deux actions réciproques, toutes deux de bonne foi, qui permettent au preneur comme au bailleur de se faire tenir compte de tout ce qui, en équité, peut lui être dû par l'autre partie. Le preneur en particulier a l'*actio conducti*, et grâce à elle il peut obliger le propriétaire à l'indemniser jusqu'à concurrence du profit que la construction lui procure.

Nous trouvons cette solution très formellement exprimée par Paul : « *In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest* (1) ».

54. — On reconnaît aussi au locataire la faculté d'enlever ce qu'il a édifié, à la condition qu'il n'en résulte aucune détérioration pour le fonds.

« *Si inquilinus ostium, vel quædam alia ædificio adjecerit, quæ actio locum habeat? Et est verius quod Labeo scripsit, competere ex conducto actionem ut ei tollere liceat; sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert, deteriore causam ædium faciat, sed ut pristinam faciem ædibus reddat* (2) ».

Ce texte, très clair, indique les conditions de ce *jus tollendi*; il faut que le preneur rende les lieux en leur état primitif. En général, mieux vaudra pour le locataire laisser les constructions au propriétaire et lui demander l'indemnité, en les considérant comme impenses nécessaires ou utiles. Le preneur n'utilisera guère de ce droit d'enlèvement que relativement aux

(1) L. 55, § 1, Dig., loc. cond., XIX, 2.

(2) L. 19, § 4, Dig., loc. cond., XIX, 2.

ouvrages constituant des impenses voluptuaires, pour lesquelles il n'a droit à aucune indemnité.

Toutefois nous n'admettrons le locataire à enlever les ouvrages de cette dernière espèce que s'ils présentent, détachés, quelque valeur. Nous ne pourrions tolérer qu'il raclât des peintures, ou qu'il brisât des revêtements de marbre : *Mali-tiis non est indulgendum*.

55. — Si le locataire n'a pas été indemnisé de ses constructions, et s'il n'a pas non plus usé du *jus tollendi* que nous venons de lui reconnaître, il a encore le droit de revendre les matériaux lors de la démolition de l'édifice. C'est une conséquence de l'accession telle que l'avaient comprise les Romains.

56. — Nous avons supposé qu'aucune clause particulière ne visait les constructions à élever par le preneur. Si une clause de ce genre a été insérée au bail, elle est la loi des parties, c'est à elle qu'il faut recourir pour régler les droits respectifs du propriétaire et du locataire.

II. — *Commodataire, précariste, gagiste, antichrésiste.*

57. — Nous réunissons ces diverses hypothèses comme très voisines et comme comportant des solutions analogues, sinon identiques.

Le commodat ou prêt à usage peut porter sur un fonds de terre ou sur une maison aussi bien que sur des objets mobiliers. Bien qu'en fait on ne donne ordinairement en prêt que des meubles, aucune raison ne s'oppose à ce qu'un immeuble soit donné en commodat (1). Supposons donc que le commodataire élève des constructions sur le terrain prêté.

Le précaire est un contrat spécial au droit romain et qui a

(1) L. 1, § 1, Dig., *Commod. vel contra*, XIII, 6. — L. 17, pr., Dig. *De præscript. verb.*, XIX, 5.

joué dans l'histoire de ce droit un rôle fort intéressant. Quel sera le sort des constructions que le précariste aura élevées sur l'immeuble concédé à précaire ?

Le gage et l'antichrèse comportent, à l'inverse de l'hypothèque, — et c'est ce qui fait le grand avantage de celle-ci, — la détention par le créancier ou par un tiers à sa place : ils dépossèdent donc, en fait du moins, le débiteur. On peut parfaitement concevoir que le créancier gagiste ou antichrésiste élève des bâtiments sur le fonds de son débiteur.

Un caractère commun à ces diverses hypothèses, c'est que tous, commodataire, précariste, gagiste, antichrésiste, détiennent la chose d'autrui, à titre précaire, en vertu d'un contrat. Leurs pouvoirs se résument en un droit d'administration : ils ne peuvent disposer de la chose. Si donc ils construisent, que faudra-t-il décider relativement aux bâtiments qu'ils auront élevés ?

Nous distinguerons deux périodes :

1° Le commodataire, précariste, etc., détient toujours l'immeuble en vertu du contrat ;

2° Au terme fixé, l'immeuble est restitué.

58. — I. — Par le fait de l'édification, le bâtiment s'est incorporé au sol et est devenu, au moins en tant que construction, la propriété du maître du sol. Mais, par là même aussi, le commodataire ou le précariste a relativement au bâtiment le droit qu'il avait déjà sur le sol : il le détient donc légitimement, il en a la jouissance.

La possession du bâtiment est garantie au précariste, à l'antichrésiste, au commodataire, par les mêmes actions, par les mêmes voies de droit que la possession du sol.

59. — II. — Lorsque, par l'exécution même du contrat, le commodataire devra rendre l'immeuble prêté, lorsque le précariste devra restituer le fonds qui lui avait été concédé,

lorsque, désintéressé, le créancier devra remettre au débiteur le bien que celui-ci lui avait donné en gage ou en antichrèse, quels seront les droits respectifs du propriétaire et du constructeur ?

Il est un point qui ne nous semble pouvoir souffrir difficulté. Une obligation commune au groupe de détenteurs qui nous occupe est de rendre l'immeuble dans un état d'entretien convenable : le fonds ne doit pas, lors de la restitution, être dégradé, détérioré, diminué de valeur par la faute du détenteur. Il en résulte évidemment que si les travaux auxquels ce détenteur s'est livré ont modifié l'immeuble et lui ont fait perdre de sa valeur primitive, le propriétaire sera fondé à exiger la démolition des ouvrages et à réclamer des dommages-intérêts (1).

Il est un autre point qui nous semble également certain. Si le propriétaire conserve les constructions, il devra indemniser le constructeur. Les actions *commodati*, *pigneratitia*, etc., sont de bonne foi : lors de l'action directe intentée par le propriétaire pour recouvrer son immeuble, le constructeur obtiendra l'indemnité sans qu'il soit nécessaire de faire valoir d'exception, simplement *per officium judicis*, ou bien il intentera l'action contraire.

60. — Il ne peut y avoir difficulté que si le propriétaire refuse de conserver des constructions qui, cependant, augmentent la valeur de l'immeuble. Peut-il exiger la démolition ? Aucun texte ne nous permet de répondre catégoriquement. Cependant les principes nous semblent suffisants pour résoudre cette question.

(1) « *Si reddita quidem res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, nisi quod interest, præstetur : proprie enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur* ». L. 3, § 1, Dig., *Commod. vel contra*, XIII, 6.

En ce qui concerne les constructions élevées par un gagiste, le propriétaire peut certainement exiger leur démolition. Le gagiste, en effet, ne peut pas se servir de la chose : ce serait de sa part un *furtum* (1). Le créancier ne peut donc faire sur la chose donnée en gage que les impenses nécessaires à sa conservation (2) : et bien rarement le caractère d'impenses nécessaires pourra être reconnu à des constructions, il n'en sera guère ainsi qu'au cas de reconstruction d'un édifice détruit par un sinistre. Le propriétaire pourra se refuser absolument au paiement de toute indemnité. L'unique ressource du créancier constructeur sera l'enlèvement des matériaux, sans toutefois qu'il puisse en résulter aucune diminution de valeur pour le fonds eu égard à son état lors de la remise en gage, ou à condition de remettre les lieux en leur état primitif.

Relativement aux constructions élevées par un commodatataire, un précariste ou un antichrésiste, la question nous semble une question de fait. Grâce au caractère de l'action, le juge a les pouvoirs les plus étendus, il rendra sa sentence *ex æquo et bono*. S'il y a lieu à indemnité, il la fixera en tenant compte de toutes les circonstances de la cause. Si c'est en faveur du constructeur qu'il y a indemnité, il fera bien peut-être de s'inspirer de la loi de Celsus, qui est l'expression de la plus parfaite équité.

§ 2. — Détenteurs précaires à droit réel.

61. — Sous la rubrique « détenteurs précaires à droit réel », se rangent l'usufruitier, le superficiaire et l'emphytéote. Les questions qui se présentent relativement aux constructions

(1) L. 54, pr. Dig., de *furt.*, XLVII, 2.

(2) L. 8, pr. Dig., de *pignorat. act.*, XIII, 7.

qu'ils élèvent sont plus intéressantes et plus importantes que celles que nous venons d'examiner dans le paragraphe précédent. Nous insisterons donc davantage.

I. — *Usufruitier.*

62. — La question des constructions élevées par l'usufruitier offre un certain intérêt parce qu'une partie de la doctrine argue aujourd'hui encore de la théorie romaine pour soutenir une des solutions proposées à la même question dans notre droit actuel. C'est en outre une question très pratique. Nous insisterons donc quelque peu sur ce point.

63. — Une première question se pose : l'usufruitier peut-il bâtir ?

Les pouvoirs de l'usufruitier sont rigoureusement restreints par les textes. Si son droit est essentiellement un droit de jouissance, il ne peut jouir de la chose objet de ce droit que sans en modifier la nature, *salva rerum substantia* (1). Notamment en matière d'usufruit immobilier, il ne peut changer la nature du fonds ; en matière d'usufruit de bâtiment, il ne peut modifier la disposition de l'édifice.

« *Sed neque diætās transformare, vel conjungere, aut separare ei permittitur : vel aditus posticasve vertere : vel refugia aperire : vel atrium mutare : vel viridaria ad alium modum convertere : excolere enim quod invenit potest, qualitate ædium non immutata* (2) ».

Si l'usufruitier ne peut même pas abattre une cloison ou changer une pièce de destination, à plus forte raison il ne peut construire. C'est la règle que proclament plusieurs textes « *Nec aræ usufructu legato potest in aræ ædificium poni* (3) ».

(1) L. 1, Dig., *de usuf et quemad.*, VII, 1.

(2) L. 13, § 7, *eod. tit.*

(3) L. 7, § 1, *eod. tit.* — V. aussi L. 13, § 6, *eod. tit.*

Tel est le principe : c'est une conséquence du principe plus général qui détermine les pouvoirs de l'usufruitier : *salva rerum substantia*. L'idée même du principe indique la portée de la règle. Si donc en règle générale l'usufruitier ne peut construire, il le pourra cependant toutes les fois que construire ce ne sera pas modifier la nature de l'immeuble, toutes les fois qu'après les constructions la substance de l'objet de l'usufruit a été conservée. Il pourra donc augmenter les engrangements d'une ferme, ou bâtir un pavillon nécessaire à la garde d'un bien-fonds.

C'est ce que décident deux textes parfaitement clairs. « *Sed nec ædificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit* (1) ». Cette décision pose nettement le principe et en marque les limites. Une autre loi de Pomponius vient la confirmer : « *Si areæ ususfructus legatus mihi sit, posse me casam ibi ædificare, custodiæ causa eorum quæ in area sint* (2) ».

La sanction de la prohibition de construire est double. Ce peut être d'abord, s'il y a eu détérioration ou dégradation, l'exercice contre l'usufruitier et ses fidéjusseurs de l'action *ex stipulatu*, puisqu'il a promis de jouir en bon père de famille (3). C'est surtout l'extinction de l'usufruit, conséquence de la *mutatio rei* (4). Il y a en effet changement de la chose : il n'y a plus une terre labourable, par exemple, il y a un sol construit, un bâtiment.

64. — Supposons qu'au mépris de la prohibition, ou bien dans l'un des cas où nous lui avons reconnu le droit de construire, l'usufruitier a construit, sans que le nu-propriétaire agisse contre lui.

(1) L. 13, § 6, *eod. tit.*

(2) L. 73, *eod. tit.*

(3) L. 1, § 5, Dig., *ususfruct. quemadm. caveat*, VII, 9.

(4) L. 12, Dig., *quib. mod. us. amitt.*, VII, 4.

L'accession se produit. La construction s'incorpore au sol, elle devient la propriété du nu-propriétaire. Sur elle comme sur le sol l'usufruitier exerce son droit de jouissance; il aura pour garantir les troubles dont il pourra être l'objet dans la possession de sa maison, les mêmes interdits qu'il avait déjà pour assurer sa possession du sol; l'action confessoire lui permettra de faire reconnaître son droit sur la maison comme sur le sol. C'est l'application du principe qui domine toute la matière : *superficies solo cedit*.

65. — A la fin de l'usufruit, qu'advient-il des constructions? L'usufruitier ou ses ayants cause pourront-ils réclamer une indemnité au propriétaire? Pourront-ils, usant du *jus tollendi*, enlever la construction?

Il faut distinguer, pensons-nous.

Si l'usufruitier n'a construit que dans l'une de ces circonstances où la loi a dû lui reconnaître le droit de construire, c'est-à-dire si l'édification du bâtiment constitue une impense nécessaire, il nous semble que le nu-propriétaire doit en rembourser le prix. C'est un principe général déjà admis à Rome que celui qui, ayant un droit de jouissance fait des impenses nécessaires, autres que celles de pur entretien, a droit au remboursement de ces impenses. Ici nous considérons les constructions, non avec leur caractère ordinaire, mais comme impenses : l'augmentation des engrangements, la construction d'une cabane de garde, pour prendre des exemples cités par les textes, étaient des impenses nécessaires que le propriétaire eût dû faire si l'usufruitier ne les avait faites. Le droit au remboursement nous apparaît ici comme corrélatif de celui de bâtir.

Si, au contraire, c'est au mépris de sa prohibition que l'usufruitier a construit, on lui applique ici un traitement plus rigoureux encore qu'au possesseur de mauvaise foi. On in-

voque contre lui d'une façon presque absolue la fiction *donasse videtur*. Il savait à quoi il s'exposait : il savait que le terrain sur lequel il construisait appartenait à autrui. Il y a là plus que de la mauvaise foi, semble-il. Sinon, on ne peut expliquer la construction que par un sentiment de libéralité à l'égard du nu-propriétaire. Donc il ne pourra demander aucune indemnité, il ne pourra même rien enlever : le seul droit qu'on lui reconnaisse consiste uniquement à revendiquer les matériaux lorsque la construction tombera en ruine ou viendra à être démolie : « *Sed si quid inædificaverit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse ; refixa plane posse vindicare* (1) ».

Nous verrons que cette solution, au dire de certains auteurs, serait encore celle admise par notre Code civil (2).

II. — *Superficiaire*.

66. — Le mot *superficies* désigne en général tout ce qui s'élève à la surface du sol : bâtiments, plantes ou arbres. Nous l'avons déjà trouvé employé en ce sens dans l'adage fondamental de l'accession en matière immobilière : *superficies solo cedit*. On entend par *droit de superficie* le droit pour un tiers — le *superficiaire* — d'élever sur un terrain des constructions qui lui appartiendront, ou tout au moins sur lesquelles il aura un droit réel de jouissance.

67. — Le droit civil romain n'admettait pas que la propriété d'un immeuble pût se diviser en deux propriétés distinctes portant l'une sur les bâtiments, l'autre sur le sol. Non seulement le propriétaire du sol devenait, *jure accessionis*, propriétaire de toutes les constructions qu'il élevait, soit avec ses propres matériaux, soit avec les matériaux d'autrui, ou

(1) L. 15, pr. Dig., *de usuf. et quemad.*, VII, 1.

(2) V. *infra*, nos 306 et s.

qu'un tiers élevait sur son terrain, mais encore il ne pouvait détacher, en quelque sorte juridiquement, les constructions du sol.

Cependant les Romains, toujours habiles à trouver des expédients légaux pour tourner les lois embarrassantes, étaient arrivés à un résultat analogue en fait. Le propriétaire concédait, moyennant une redevance, *pensio*, *cano* ou *solarium*, le droit de construire sur son terrain. Suivant que cette redevance était fixe ou périodique, on voit dans cette opération juridique une vente ou un bail. Le superficiaire, acheteur ou preneur, avait donc pour garantir son droit les actions *empti* ou *conducti*. Mais ces actions, personnelles, ne pouvaient s'exercer qu'entre les parties : si donc des tiers venaient à troubler la jouissance du superficiaire, c'était au *dominus* que compétaient toutes les voies de droit permettant de faire cesser le trouble, notamment l'*actio in rem civilis* et l'interdit *uti possidetis*. Troublé, le superficiaire ne pouvait qu'agir contre son cédant en intentant l'action née du contrat : le propriétaire actionné devait alors faire cesser le trouble ou céder ses actions au superficiaire.

Cet expédient bien imparfait nous est rapporté par un texte d'Ulpien : « *Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto; si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Et enim, si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur. Sin autem ab alio prohibeatur, præstare ei actiones suas debet dominus et cedere* (1) ».

On voit qu'en fait le résultat cherché était à peu près atteint. Mais, en droit, l'acquéreur n'avait sur le bâtiment aucun droit réel : la pleine propriété, le droit complet et absolu,

(1) L. 1, § 1, Dig., de *superf.*, XLIII, 18.

le *dominium ex jure Quiritium*, restait au maître du sol. Cela semblait aux jurisconsultes romains une conséquence nécessaire, logique de ce qu'avait d'absolu ce *dominium* : il était, en quelque sorte, de l'essence de la propriété quiritaire de s'étendre au-dessus et au-dessous du sol, *usque ad cælum et usque ad inferos*. Ainsi que le dit Gaius, « *ædium proprietas et civili et naturali jure, ejus est cujus et solum* (1) ».

68. — Ici encore c'est le prêteur qui vient faire disparaître ce que les idées primitives ont de trop absolu. C'est lui qui fait du droit de superficie un véritable droit réel; sanctionné par un interdit et par une action.

Voici les termes mêmes de l'édit tels qu'Ulpien nous les a transmis : « *Ait pretor : Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruamini, quominus fruamini, vim fieri veto : si qua aliâ actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo* (2) ».

L'interdit de superficie était copié sur l'interdit *uti possidetis* et donné aux mêmes conditions (3). Quant à l'action, c'était une *actio in rem utilis*, c'est-à-dire une revendication utile : elle n'était accordée au superficiaire que *cognita causa*, c'est-à-dire après examen de l'affaire, et si la superficie lui avait été concédée à perpétuité ou pour un temps assez long. « *Ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit* (4) ».

En outre, contre l'action en revendication que le propriétaire du sol pourrait lui intenter, le superficiaire a une exception *in factum* (5).

(1) L. 2, *eod. tit.*

(2) L. 1, pr., *eod. tit.*

(3) L. 1, § 2, *eod. tit.*

(4) L. 1, § 3, *eod. tit.*

(5) L. 1, § 4, *eod. tit.*

69. — Grâce à cet interdit et à cette action, le superficiaire a sur le bâtiment un véritable droit réel.

Nous ne discuterons pas ici sur le caractère même de ce droit : servitude ou propriété prétorienne. Une semblable controverse sortirait du cadre de cette étude. Nous nous bornerons à constater les droits très considérables reconnus au superficiaire.

1° Il peut constituer sur le bâtiment un usufruit, un droit d'usage ou des servitudes prédiales (1).

2° Il peut disposer de son droit, le vendre, le léguer ou le donner (2).

3° Il a l'action *communi dividundo* pour sortir de l'indivision au cas où la superficie appartiendrait par indivis à plusieurs (3).

70. — Mais, malgré ces droits considérables admis en faveur du superficiaire, l'ancienne règle subsiste toujours, l'accession n'en a pas moins produit ses effets. La propriété du bâtiment appartient au maître du sol. Sans doute, en fait, la propriété utile, ou du moins les attributs utiles de la propriété sont donnés au superficiaire. Mais c'est toujours le maître du sol qui est le *verus dominus* du bâtiment : c'est encore à lui que compétent les actions civiles ; il a même à l'égard du superficiaire, la revendication qui n'échouera que devant une exception *in factum* accordée par le préteur. Le superficiaire n'a sur les bâtiments qu'un droit prétorien : propriété prétorienne ou servitude, ce n'est que par une action utile, ce n'est que par un interdit prétorien qu'il peut faire valoir son droit.

(1) L. 1, §§ 6 et 9, *eod. tit.*

(2) L. 1, § 7, *eod. tit.*

(3) L. 1, § 8, *eod. tit.*

III. — *Emphytéote.*

71. — S'il est difficile d'établir exactement comment l'emphytéose s'est introduite dans le Droit romain, son nom permet de lui attribuer avec certitude une origine grecque. Nous savons aussi qu'elle n'a été admise qu'assez tard, puisque les règles n'en furent définitivement posées que par une constitution de Zénon (1). A cette époque, le droit de l'emphytéote, se distingue nettement du droit du simple locataire : l'emphytéose constitue véritablement un droit réel, un *jus prædii*, garanti par une action *in rem* utile, l'*actio vectigalis* (2), et par les interdits possessoires (3), susceptible d'être aliéné et d'être grevé d'hypothèque ou de servitudes (4).

Si le *dominus* garde encore la propriété de son immeuble, son seul droit utile est le droit à une redevance appelée *vectigal*. L'emphytéote a les pouvoirs les plus étendus, bien voisins de ceux d'un propriétaire.

72. — Si cet emphytéote construit, l'accession se produit certainement. Le bâtiment, incorporé au sol, devient la propriété du maître du sol. Mais, tant que dure le bail emphytéotique, l'emphytéote constructeur a sur les constructions un droit aussi complet que sur le sol : c'est dire qu'il exercera sur elles tous les attributs utiles de la propriété. Aucune difficulté ne se présentera donc.

73. — A l'arrivée du terme convenu, ou si la déchéance est encourue pour défaut de paiement du *vectigal*, le propriétaire reprend sol et bâtiment : l'emphytéote constructeur peut demander de ce chef une indemnité.

(1) C. 1, Cod. *de jure emphyt.*, IV, 66.

(2) LL. 1, § 1, 2 et 3, Dig. *Si ager vectig.*, VI, 3.

(3) L. 15, § 1, Dig. *Qui satisd. cog.*, II, 8.

(4) § 3, INSTIT., *de locat. et conduct.*, III, 24. — FRAGM. VATIC., § 61. — L. 16, § 2, Dig., *de pign. act.*, XIII, 7.

Des constitutions rapportées au Code de Justinien (1) il résulte en effet que, lorsque l'emphytéote veut aliéner son droit, il doit en avertir le propriétaire afin que celui-ci puisse exercer son droit de préemption : si donc l'emphytéote a élevé des constructions leur valeur est comprise dans le prix offert ; en exerçant son droit de préemption, le propriétaire paie donc à l'emphytéote les constructions. Cela prouve que les constructions n'appartiennent au propriétaire que moyennant indemnité.

D'autre part, cette solution semble bien confirmée par un argument *a fortiori*. Si le simple locataire dont le droit est personnel peut obtenir indemnité, il doit en être de même à plus forte raison de l'emphytéote dont le droit réel est beaucoup plus étendu.

Enfin, Justinien semble bien supposer admise cette solution, puisqu'il indique un cas particulier où l'indemnité est refusée à l'emphytéote : « *Sin autem per totum trennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit: volenti ei licere eum a prædiis emphyteuticariis repellere, nulla ei in posterum obligatione nomine meliorationis, vel eorum quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda* ». L'argument *a contrario* ici est d'une force incontestable ; puisqu'il vient corroborer deux autres arguments et qu'il permet de revenir à l'application de cette règle générale que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

74. — L'emphytéote a-t-il aussi le *jus tollendi*? A cette question aucun texte ne nous permet de répondre catégoriquement ; mais l'analogie que l'emphytéose présente avec le bail, l'identité de motifs nous semblent légitimer cette extension.

(1) C. 2 et 3, Cod., de *jure emphyt.*, IV, 66.

75. — Il nous semble à peine utile de remarquer que les décisions que nous venons de donner ne s'appliquent que si aucune clause insérée au bail emphytéotique ne prévoit le cas de constructions à élever par l'emphytéote. Il est évident que toute clause de ce genre fait la loi des parties.

Le but même du contrat d'emphytéose devait faire insérer fréquemment des stipulations de cette sorte : le *vectigal* était généralement inférieur à la véritable valeur locative du fonds donné à emphytéose, la différence entre la redevance et cette valeur était représentée par l'obligation de défricher, de planter, d'améliorer, voire de construire, imposée à l'emphytéote.

SECTION II. — **Constructions élevées par un mandataire et par un gérant d'affaires.**

76. — Nous n'avons rien à dire des constructions élevées par un mandataire ou par un gérant d'affaires. Nous ne les mentionnons que dans un intérêt de méthode.

L'application des règles du mandat ou de la gestion d'affaires se fait ici sans difficulté et sans qu'aucune particularité remarquable, sans qu'aucun cas spécialement intéressant mérite d'être signalé.

SECTION III. — **Constructions élevées par un mari.**

77. — L'étude des constructions élevées par le mari présente un assez grand intérêt, à raison de l'évolution des relations pécuniaires entre époux.

Un certain nombre de textes nous permettent de suivre

cette évolution et de traiter cette question avec quelque précision.

78. — Dans l'ancien droit romain, à l'époque du mariage avec *manus*, aucune difficulté ne pouvait se présenter. La *manus* en effet, en faisant tomber la femme sous la puissance maritale au même rang qu'un enfant, — *loco filix*, disent les textes, — faisait entrer tous ses biens dans le patrimoine du mari : celui-ci n'était à leur égard tenu à aucune restitution. Il en résulte que le mari, propriétaire incommutable des biens apportés par sa femme, pouvait y bâtir, sans qu'il fût question d'indemnité ni d'action entre le mari et la femme.

79. — C'est pour parer à l'inconvénient que présentait la *manus* de dépouiller ainsi la femme qu'on a adopté le régime dotal. Sans doute le mari devient encore, sous ce régime, propriétaire des biens apportés par la femme, sans doute il est *dominus dotis* ; mais il est tenu de restituer la dot lors de la dissolution du mariage.

Si, durant le mariage, le mari élève des constructions sur les biens dotaux, nous ne voyons là rien qui excède ses pouvoirs : les constructions comme le sol sont sa propriété.

Quid lors de la dissolution ? La femme, ou ses ayants cause, obtient la restitution de la dot par l'exercice de l'action *rei uxoriæ* : lors de l'exercice de cette action, le mari fait valoir ses droits au moyen des rétentions, et notamment au cas particulier il usera de la *retentio propter impensas*. Ainsi il obtiendra une indemnité plus ou moins considérable, suivant que la construction qu'il a élevée peut être considérée comme impense nécessaire, utile ou seulement voluptuaire.

Si la construction constitue une impense nécessaire, — nous avons indiqué déjà, notamment à propos de l'usufruit, des cas où une construction peut être une impense néces-

saire (1), — la dépense en sera intégralement comptée : c'est autant que le mari retiendra sur la dot : « *In necessariis impensis hoc sciendum est eas demum impensas dotem minuere quæ in dotem factæ sunt* » (2).

En ce qui concerne les impenses utiles — et c'est sous cette dénomination que se rangent le plus souvent les constructions, — la déduction ne s'opère pas de plein droit : à leur égard il n'y a pas toujours *retentio* ; seulement le mari en obtiendra après coup le remboursement intégral. « *Quarum utiles non quidem minuunt ipso jure dotem, verum tamen habent exactionem* » (3). S'il est certain que le mari a toujours droit à l'intégralité de l'impense, le moyen d'en obtenir le remboursement donne lieu à controverse : « *Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate factæ sint* » (4). Il y a donc lieu de distinguer. Si, en principe, le mari n'a pas la *retentio* pour le remboursement des impenses seulement utiles, il faut la lui reconnaître cependant pour des impenses faites du consentement de la femme.

Il y a même un cas particulier où le mari ne peut obtenir le remboursement d'une construction qui constitue cependant une impense utile : c'est le cas où, pour arriver à ce remboursement, la femme se verrait obligée de vendre l'immeuble : « *Iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest : quod summam habet æquitatis rationem* » (5).

Si le bâtiment constitue seulement une impense volup-

(1) V. *Suprà*, n° 63. — V. aussi L. 1, § 3, Dig., de *imp. in res dot. fact.*, XXV, 1 : la reconstruction d'un bâtiment qui tombe en ruine est considérée comme impense nécessaire. — Cprz aussi L. 14, *eod. tit.*

(2) L. 1, § 2, *eod. tit.*

(3) L. 7, § 1, *eod. tit.*

(4) L. 8, *eod. tit.*

(5) Même loi.

tuaire, la femme a le choix ou d'en souffrir l'enlèvement ou d'en payer le prix. « *Pro voluptuariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur: nam si vult habere mulier, reddere ea, quæ impensa sunt, debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem; cæterum, si non recipiant, reliquendæ sunt* (1) ».

— Telle est du moins la solution admise par Ulpien. Ariston, nous dit-il, se montrait plus large en faveur du mari et accordait en tout cas au mari le droit d'exiger le remboursement, et cela même au cas où la construction avait été faite contre le gré de la femme (2).

Les solutions que nous venons de donner sont celles d'Ulpien. Elles nous semblent exactes et paraissent avoir été généralement admises à l'époque classique. Mais certains auteurs, et notamment Sabinus, — à ce que nous apprend Ulpien — voyaient dans les impenses faites sur le fonds dotal une donation (3). C'était sans doute une réminiscence de la fiction *donasse videtur*. D'autres pensaient que très souvent il fallait considérer ces impenses comme des actes de gestions d'affaires, surtout lorsqu'il s'agissait de constructions (4). Nous ne faisons que signaler ces décisions particulières qui pouvaient être exactes dans certaines espèces.

80. — Justinien a complètement refondu toute la législation du régime dotal. Il supprime les rétentions, mais il donne au mari pour se faire rembourser toutes les impenses nécessaires ou utiles qu'il a pu faire sur les biens dotaux deux actions: l'*actio mandati contraria* pour les impenses que la femme a approuvées, l'*actio negotiorum gestorum contraria*

(1) L. 9, *ead. tit.*

(2) L. 11, *ead. tit.*

(3) L. 11, § 1, *ead. tit.*

(4) L. 12, *ead. tit.*

si la femme n'a pas été consultée mais que la gestion ait été bonne et utile. « *Cum enim quidem necessariæ expensæ dotis minuunt quantitatem, utiles autem non aliter in rei uxoriæ actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris : non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri : quatenus possit per hanc, quod utiliter impensum est, adservari : vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficere actionem* (1) ».

Quant aux impenses voluptuaires, le mari ne peut qu'enlever ce qui peut l'être sans dégradation pour le fonds. « *Quod si voluptuariæ sint, licet ex voluntate ejus expensæ : deductio operis quod fecit, sine læsione tamen prioris speciei, marito reliquatur* (2) ».

81. — Nous avons toujours supposé des constructions élevées sur des biens dotaux. Que si le mari bâtit sur les paraphernaux, il faudrait le traiter soit comme mandataire ou gérant d'affaires, soit comme constructeur *sine jure*. Il n'a en effet aucun droit sur les paraphernaux dont l'administration comme la propriété reste à la femme : à leur égard il n'est qu'un étranger, il faut le considérer comme tel.

SECTION IV. — Constructions élevées par un copropriétaire ou un associé.

82. — L'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons est la suivante : un fonds de terre, un immeuble est échu conjointement à deux ou plusieurs personnes. Pour des exemples simples et fréquents en pratique, ce sont deux cohéritiers

(1) C. 1, § 5, Cod., de rei uxori. act., V, 13.

(2) Même texte.

d'un même immeuble, ou bien ce sont deux colégataires conjoints. Sans doute, il leur est facile de mettre fin à cet état d'indivision en exerçant l'action en partage, action *familiæ erciscundæ* au premier cas, action *communi dividundo* au second. Mais pendant l'indivision l'un d'eux construit.

Quelle sera la situation juridique de la construction ? Y aura-t-il lieu à indemnité en faveur du constructeur ? Si oui, quel en sera le montant ?

83. — La situation juridique de l'immeuble, tant que dure l'indivision, nous paraît facile à déterminer.

Ici, comme toujours, le principe supérieur de l'accession s'appliquera : la règle *quod solo inædificatur solo cedit* est un adage conforme à la nature même des choses. Le bâtiment s'identifie au sol et comme lui est la propriété indivise des communistes.

84. — Lors de la cessation de l'indivision, c'est-à-dire lors du partage, se présentera la question d'indemnité au constructeur. Si amiablement les autres copropriétaires ne consentent pas à lui tenir compte de ses impenses, il lui sera possible de l'obtenir en intentant l'action en partage.

Les actions *communi dividendo* et *familiæ erciscundæ* ont un caractère spécial : elles donnent au juge des pouvoirs particulièrement larges. Les mots *ex æquo et bono* insérés dans la formule permettent au juge de tenir compte dans sa sentence de tout ce qui, en équité, peut donner lieu à indemnité. Aussi, le juge, ainsi qu'en témoignent les textes, accorde-t-il généralement au copropriétaire le remboursement des impenses nécessaires et utiles : sous cette dénomination peuvent ordinairement se ranger les constructions (1). Quant

(1) L. 18, § 3, Dig., *fam. ercisc.*, X, 2. — LL. 51, pr. et 52, § 2, *eod. tit.* — L. 4, § 3, Dig., *commun. divid.*, X, 3. — L. 6, § 3, *eod. tit.* — L. 11, *eod. tit.* — L. 14, § 1, *eod. tit.* — L. 29, pr. *eod. tit.*

aux constructions qui constituent des impenses voluptuaires, il n'est rien dû en général à leur égard. Le texte qui nous rapporte cette solution ne nous dit pas si en ce cas le constructeur peut enlever les constructions : la règle généralement admise nous semble devoir s'appliquer ici, et cette faculté doit lui être reconnue (1).

Telles sont les solutions que nous trouvons au Digeste. Ce ne sont là, selon nous, que des espèces. Le juge, avons-nous dit, a les pouvoirs les plus étendus. Nous admettons que le juge pourra s'inspirer de toutes les circonstances de la cause, et suivre les règles posées par la loi de Celsus.

85. — Les règles que nous venons de voir en ce qui concerne les constructions élevées par un communiste nous semblent devoir s'appliquer aussi au cas de constructions élevées par un coassocié sur un immeuble, mis dans le fonds commun. Il y a ici un *a fortiori*. Si l'action *pro socio* a le même caractère large que les actions *familiæ exerciscundæ* et *communi dividundo*, elle a en outre un caractère plus favorable.

La solution à laquelle nous conduit le raisonnement se trouve confirmée dans deux textes. « *Si tecum societas mihi sit, et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio, vel communi dividundo, me consecuturum* (2) ». — « *Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio, iudicio societatis servabit* (3) ».

(1) L. 27, Dig., *de neg. gest.*, III, 5.

(2) L. 38, § 1, Dig., *pro socio*, XVII, 2.

(3) L. 67, § 2, *eod. tit.*

SECTION V. — **Constructions élevées par un propriétaire sous condition résolutoire.**

86. — Dans toute la période de l'ancien droit romain et du droit classique, la propriété ne pouvait être transférée *ad tempus*, ni *ad conditionem* (1). Il était de l'essence du droit de propriété, tel que le concevaient les Romains, d'être absolu dans sa durée comme dans sa portée.

Si, par un pacte adjoint à une translation de propriété, on a stipulé la retranslation à un moment donné ou lors de l'arrivée d'une certaine condition, l'action donnée à celui en faveur de qui la propriété doit être de nouveau transférée n'est pas la revendication, mais une action *in factum* (2). La propriété ne retourne pas de plein droit à l'ancien propriétaire, il faut un nouveau transfert.

Supposons qu'un propriétaire ainsi soumis, par un pacte adjoint, à l'obligation de retransférer la propriété au cas d'arrivée d'une condition, supposons que ce propriétaire ait construit.

Pendente conditione, aucune difficulté ne peut se présenter : le constructeur est propriétaire de la construction comme du sol.

Si la condition défaille, pas de difficulté encore.

Si la condition se réalise, le propriétaire doit retransférer la propriété : il transférera donc la propriété des constructions avec celle du sol dont elle est inséparable. Mais pourra-t-il, à raison de ces constructions demander une indemnité à celui à qui il en transfère la propriété ? Je le crois. Rien

(1) FRAGM. VATIC., § 283. — L. 7, § 3, DIG., *de jure dotium*, XXIII, 3.

(2) L. 12, DIG., *de præscript. verb.*, XIX, 6.

ne s'oppose à ce qu'à l'action *in factum* il réponde par l'*exceptio doli*, et tienne ainsi en échec l'action dirigée contre lui tant qu'il n'aura pas été indemnisé. L'*exceptio doli* donnant au juge un pouvoir très large, celui-ci examinera toutes les circonstances de la cause ; il pourra s'inspirer de la loi de Celsus dans l'arbitration de l'indemnité ; il pourra même, s'il est en présence d'une manœuvre du constructeur dans le but de conserver l'immeuble malgré la clause de condition résolutoire insérée au pacte adjoint, n'accorder aucune indemnité.

Lorsque le constructeur avait retransféré la propriété de l'immeuble sans attendre l'action *in factum* du propriétaire sous condition suspensive, il nous semble qu'il ne pouvait plus rien réclamer à l'occasion de ses constructions. Nous ne voyons à sa disposition aucune voie de droit. Nous nous heurtons ici à une impossibilité analogue à celle que nous avons déjà rencontrée relativement au possesseur de bonne foi.

87. — C'est à l'époque de Dioclétien que disparut la prohibition de la propriété *ad tempus* ou *ad conditionem*. Sous Justinien, la propriété peut parfaitement être transférée sous condition résolutoire (1).

Pendente conditione, le propriétaire sous condition résolutoire qui a construit a sur le bâtiment le même droit que sur le sol : sur l'un comme sur l'autre il a le même droit de propriété, conditionnel et résoluble. Pas de conflit.

Que la condition défaille, son droit auparavant précaire se trouve affermi, consolidé : il est désormais absolu, définitif. Le droit du propriétaire sous condition suspensive se trouve anéanti. Ici encore donc pas de conflit possible, pas de difficulté.

(1) C. 2, COD., de donat. quæ sub mod., VIII, 55.

88. — Que la condition se réalise, et par l'effet rétroactif de cette condition, le droit du constructeur se trouvera anéanti, non seulement dans l'avenir, mais même dans le passé ; il sera censé n'avoir jamais existé. Mais sur l'immeuble les constructions subsistent. Si par un effort d'esprit on peut admettre une fiction juridique, contre la réalité la fiction ne peut rien. Sur le fonds qu'il reprend *jure antiquo* le propriétaire sous condition suspensive trouve une maison. *Quid juris ?*

Il nous semble qu'il pourra exiger la démolition de la construction et la remise des lieux en état. Il a toujours été propriétaire : ainsi le veut la fiction. C'est donc, juridiquement, en violation de son droit de propriété que cette construction a été élevée. La seule réparation complète de cette violation est l'enlèvement de la construction et la remise de l'immeuble en son état primitif. Que d'ailleurs le constructeur ne se plaigne pas : en construisant sur un sol dont il n'était propriétaire que sous condition résolutoire, il a commis une faute grave, et rappelons-nous la maxime : *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (1).

Mais il est certain aussi qu'en reprenant l'immeuble, le propriétaire peut conserver les constructions, profitant ainsi de l'accession qui s'est produite. Et alors il devra indemniser le constructeur, autant du moins que la construction peut être considérée comme impense nécessaire ou utile.

89. — Nous trouvons cette solution proclamée au Digeste dans deux espèces.

La donation *mortis causa* présente l'un des cas de transfert de la propriété sous condition résolutoire. Or voici ce qui est expressément décidé pour ce cas particulier : « *Si mortis*

(1) L. 203, DIG., *de reg. jur.*, L. 17.

.causa donatus fundus est, et in eum impensæ necessariæ atque utiles factæ sint : fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituant (1) ».

La même solution est nettement posée au cas de vente sous condition résolutoire — *in diem addictio* — en ce qui concerne les impenses nécessaires. Mais les actions *empti et venditi* étant de bonne foi, il n'y aura pas lieu d'opposer l'exception de dol : « *Imperator Severus rescripsit : sicut fructus in diem addictæ domus cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quæ prior emptor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri ; vel, si non sufficiat, solvi æquum est : et credo sensisse principem de empti venditi actione* (2) ». Le texte ne parle, il est vrai, que des impenses nécessaires. Mais il résulte du caractère de bonne foi de l'action *empti venditi* qu'il devrait être tenu compte aussi des impenses utiles, et même, d'une façon plus générale, de toute amélioration.

90. — Quant au montant de l'indemnité, le juge avait, soit par suite de l'insertion de l'exception de dol dans la formule, soit à raison du caractère de bonne foi de l'action exercée, les pouvoirs les plus étendus pour le déterminer.

(1) L. 14, Dig., de mort. caus. donat., XXXIX, 5.

(2) L. 16, Dig., de indiem addict., XVIII, 2.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

DEUXIÈME PARTIE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

INTRODUCTION

91. — Comme la plupart des grandes théories romaines, le principe de l'accession est passé dans notre ancien droit et de là dans notre droit moderne.

Dans la partie de ce travail consacrée en droit romain, nous avons eu à rappeler certaines doctrines de Cujas et de Pothier (1). Ce sont en effet les textes romains qui ont fait loi dans cette matière jusqu'à la promulgation du Code civil. D'autre part, en discutant les controverses nombreuses dans lesquelles nous allons avoir à prendre parti, il nous faudra souvent encore recourir à la tradition historique, invoquer ou combattre les opinions de nos anciens auteurs. Un exposé de notre ancien droit en la matière nous contraindrait à de nombreuses redites et offrirait peu d'intérêt.

92. — Avant d'entrer dans l'examen même de notre su-

(1) Notamment nos 7. 25. 27. 31

jet, deux observations de définition et de classification nous paraissent nécessaires.

93. — I. — Tout d'abord il importe de préciser ce que en droit français, il convient d'entendre par *accession*.

Nous avons dit comment certains commentateurs du droit romain avaient fait de l'accession un huitième mode d'acquisition de la propriété. Nous avons vu que le mot *accession* n'avait jamais eu à Rome le sens qui lui était ainsi prêté, qu'il n'avait jamais désigné que la chose accessoire, non le phénomène juridique.

Pothier, dont les œuvres ont été la source principale de notre Code civil, commet aussi cette confusion. Il traduit le mot *accessio* par celui d'*accession* et, avec bon nombre d'autres interprètes, il proclame l'accession un mode d'acquérir. « L'accession est une manière d'acquérir le domaine qui est du droit naturel, par laquelle le domaine de tout ce qui est un accessoire et une dépendance d'une chose est acquise de plein droit à celui à qui la chose appartient, *vi ac potestate rei suæ* » (1).

Nous retrouvons la définition de Pothier dans deux articles du Code civil. L'article 712 dit que « la propriété s'acquiert par accession », et l'article 546 définit l'accession « le droit que donne la propriété d'une chose sur tout ce qu'elle produit et sur tout ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. »

94. — Or, telle que le Code l'entend, il nous semble inexact de dire que l'accession est un mode d'acquérir ou du moins, si dans certains cas il peut paraître y avoir ac-

(1) POTHIER. *Traité du Domaine de Propriété*, n° 150.

quisition, il est faux de dire que l'accession est toujours un mode d'acquisition.

Le Code en effet range le droit aux produits sous la dénomination d'accession. D'abord ce terme, accession, nous semble très impropre en ce sens. Le mot accession implique étymologiquement (*ad-cedere*) une idée d'incorporation, de réunion. Or le droit aux produits, au contraire, comporte une idée de séparation. Tant que les fruits sont encore pendants, tant que le trésor est encore enfoui, ils appartiennent au propriétaire comme partie intégrante de sa chose. Quand ils s'en séparent, il y a plutôt — s'il nous est permis d'employer ce barbarisme pour mieux faire saisir notre pensée, — *désaccession* qu'accession. Et en outre, nous ne voyons pas qu'il y ait là acquisition de propriété : la propriété qui portait simultanément sur le fonds et sur la récolte encore sur pied, porte sur l'un et l'autre séparés, nous ne voyons pas où est l'acquisition.

Nous pensons donc que le droit du propriétaire sur les fruits et produits de sa chose est qualifié à tort par le Code de droit d'accession : il vaut mieux le désigner sous le nom plus clair et plus exact de droit aux produits.

Nous réserverons donc le nom d'accession au « droit en vertu duquel le propriétaire d'une chose devient propriétaire de tout ce qui s'y unit ou s'y incorpore naturellement ou artificiellement », pour employer les expressions de l'article 546.

95. — Même encore ainsi restreint, l'accession est un mode d'acquérir d'un caractère tout particulier. On peut même faire remarquer qu'en un certain sens, à s'en tenir

à une subtile analyse juridique, il n'y a pas acquisition de propriété.

Si une chose accessoire vient s'ajouter à une chose principale, que se produit-il ? La chose principale augmente de valeur ; mais elle continue à être elle-même. Si le propriétaire de la chose principale paie quelque chose à l'ancien propriétaire de la chose accessoire, ce n'est pas le prix de celle-ci, c'est une indemnité à raison de l'enrichissement. Il n'y a donc pas véritablement acquisition : il y a perte d'une chose et augmentation de valeur d'une autre chose (1).

Cependant, si c'est bien là l'analyse juridique de l'accession, il faut reconnaître qu'en apparence il y a une acquisition : il semble que la propriété de la chose accessoire passe au propriétaire de la chose principale. Cet hommage rendu à la théorie pure, il ne faut pas reprocher trop sévèrement aux rédacteurs du Code — du moins en ce qui concerne l'accession proprement dite — d'avoir vu là un cas d'acquisition de la propriété.

96. — II. La seconde observation qui nous paraît utile comme préliminaire à notre étude du droit français, est relative à la classification, à la place qu'occupe dans notre science la question qui nous occupe.

L'art. 546 du Code civil indique une première division des cas d'accession. Il distingue l'accession *naturelle* et l'accession *artificielle*. Les termes mêmes employés rendent inutile une définition. L'accession naturelle comprend l'alluvion, l'atterrissement. Les principaux cas d'accession ar-

(1) V. *supra* n° 3.

tificielle sont la spécification, l'adjonction, les constructions et plantations sur le terrain d'autrui.

L'intitulé des sections nous donne une autre division. Il distingue l'accession *relative aux choses immobilières* (alluvion, atterrissement, construction avec les matériaux d'autrui, constructions et plantations sur le terrain d'autrui), de l'accession *relative aux choses mobilières* (spécification, incorporation, mélange).

En combinant les deux divisions, nous constatons que les constructions élevées sur le terrain d'autrui constituent un cas d'*accession artificielle relative aux choses immobilières*.

97. — Le plan de cette partie de notre travail nous paraît simple. Après avoir posé dans un premier chapitre les principes de l'accession en notre matière, nous examinerons, dans les chapitres suivants, les différentes hypothèses qui peuvent se présenter : nous appliquerons les principes posés au chapitre premier, en les combinant aux règles particulières au cas envisagé.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES.

98. — Les principes généraux de l'accession et en particulier de l'accession immobilière, sont déposés dans les articles 546, 551 et 552 de notre Code civil.

99. — L'article 546, en définissant ce que notre Code entend par droit d'accession, proclame un principe général que les deux autres textes ne font que préciser ensuite relativement à l'accession immobilière :

« La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur tout ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement ».

100. — L'article 551 ne fait que répéter le même principe en le restreignant à ce qui est le droit d'accession à proprement parler :

« Tout ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, suivant les règles qui seront ci-après établies ».

101. — Les textes vont du général au particulier. Du principe posé dans les articles 546 et 551, le Code déduit successivement les conséquences qu'il comporte. L'article 552, visant particulièrement les cas d'accession immobilière, pose en termes parfaitement clairs une règle fondamentale dans la matière de la propriété et dans la théorie de l'accession :

« La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ».

La propriété du sol emporte la propriété du dessus, n'est-ce pas la traduction même de l'ancien principe : *Superficies solo cedit* ?

102. — Ces règles des articles 546, 551 et 552 sont des règles générales, ou tout au moins des règles applicables également à un certain nombre de cas plus ou moins voisins de celui qui nous occupe. L'article 553 pose une règle se rapportant plus spécialement à notre sujet ; l'article 555 en développe l'une des parties.

Ces deux articles 553 et 555 sont les deux seuls textes que nous ayons à étudier, à interpréter, à analyser. Nous aurons sans doute à en citer beaucoup d'autres ; nous aurons à recourir, pour déterminer la sphère d'application de ces deux articles, à des règles du louage, de l'usufruit, du mandat. Mais ce sont ces deux textes qui renferment les prescriptions de la loi particulière aux constructions élevées sur le terrain d'autrui, elles sont le siège de la matière.

103. — Dans ce chapitre, réservé aux principes, nous étudierons :

- 1^o Le droit d'accession, considéré spécialement en ce qui concerne les constructions ;
- 2^o Les présomptions de l'article 553 ;
- 3^o Le caractère immobilier des constructions.

SECTION I. — Du droit d'accession.

104. — Les rédacteurs du Code ont adopté la théorie romaine, théorie qui se résume assez bien dans cet adage : *qui a le sol a le bâtiment*.

Sous l'empire de notre Code civil, comme autrefois selon les lois romaines, se produit, lorsqu'un individu construit sur le terrain d'autrui, un phénomène juridique curieux. Le

sol — partie principale de tout immeuble — est doué d'un pouvoir d'assimilation, d'absorption. Aussitôt qu'une pierre ou une poutre vient à lui être rattachée par des fondations, par du ciment ou du mortier, le sol s'assimile ces matériaux, qui, perdant leur individualité, s'incorporent à lui et en font désormais partie. Ainsi, le sol acquiert pour son maître tout ce qui vient s'ajouter à lui, naturellement ou artificiellement.

C'est cette puissance donnée au principal d'absorber l'accessoire qu'on appelle le droit d'accession.

105. — L'accession est un des modes d'acquérir la propriété (1). Mais c'est un mode d'un caractère tout particulier. On a même soutenu, et les arguments qu'on a fait valoir ne manquent pas de force, qu'il n'y avait pas acquisition de la propriété (2).

Les autres modes s'expliquent aisément par une double volonté manifestée ou présumée, volonté d'acquérir chez l'un, volonté d'aliéner chez l'autre. Si ce double consentement ne se rencontre pas dans la prescription acquisitive — que l'article 712 du Code civil rapproche justement de l'accession, — il est du moins dans ce mode un élément intentionnel requis : le possesseur doit avoir l'*animus domini* ; et encore, on peut ajouter que le long silence du propriétaire constitue en quelque sorte une présomption de consentement, présomption qui avec le temps devient irréfragable, qui acquiert la force d'un consentement exprès et irrévocable.

Mais l'accession ne comporte le concours, l'existence même d'aucune volonté. L'accession — nous l'allons voir — peut se produire malgré le constructeur et malgré le propriétaire. Il se peut que le propriétaire acquière non seulement *in sciis*, mais *in vitis*.

(1) Art. 712, Civ.

(2) V. *supra*, nos 3 et 95.

C'est donc bien là un mode d'acquisition d'un caractère tout particulier, mais qui ne peut s'expliquer que par la nécessité où se trouve le législateur de trancher le conflit dont la meilleure solution, nous l'avons vu (1), est celle qu'avait admise le droit romain et qu'ont suivie notre droit ancien et notre droit moderne.

§ 1. — **Du principe : qui a le sol a le bâtiment.**

106. — La règle : qui a le sol a le bâtiment, est absolue dans ses applications.

En vertu du droit d'accession, *vi ac potestate soli*, le propriétaire du sol devient immédiatement propriétaire des constructions qui s'élèvent sur son fonds. Aucune condition de volonté ni de capacité n'est requise. Peu importe qu'il connaisse ou qu'il ignore l'exécution des travaux, peu importe qu'il soit capable ou incapable, majeur ou mineur, sain d'esprit ou interdit.

Il y a plus : il acquiert la propriété des constructions, *et invitus*. Ainsi, même s'il a fait défense au tiers de construire sur son terrain, ou s'il lui a signifié d'avoir à cesser les travaux qu'il a commencés, cette défense, cette signification n'empêcheront pas que les matériaux qui, par la suite, seront encore employés à la construction ne perdent leur individualité, ne s'incorporent à l'immeuble : le phénomène d'accession s'accomplit, le propriétaire du sol acquiert les matériaux, et il peut exercer, s'il lui convient, son droit d'accession.

107. — Si peu importe la volonté du propriétaire du sol, peu importe aussi, moins importe peut-être encore s'il est possible, la volonté du constructeur.

(1) V. *supra*, nos 10 et 11.

Il se peut que le constructeur ait bien eu l'intention de construire pour lui-même : c'est ce qui arrive le plus souvent. Il se peut qu'il ait été de bonne foi, qu'il ait cru construire sur son propre terrain. Il se peut aussi que, détenteur précaire, il ait construit cependant pour lui, comptant enlever les matériaux quand son droit cesserait. Toutes ces circonstances peuvent présenter intérêt en ce qui concerne le droit pour le véritable propriétaire d'exiger la démolition ou relativement à l'indemnité à accorder au constructeur : elles n'empêchent aucunement l'application du principe de l'accession, l'acquisition des constructions par le maître du sol.

108. — Un élément qui, en raison, pourrait peut-être renverser notre principe, c'est l'importance comparée de la construction et du terrain.

Il se peut que, sur un terrain de peu de valeur, un tiers ait construit un bâtiment considérable. Ne semble-t-il pas ici qu'en bonne raison le principal c'est la construction, l'accessoire le terrain ? En équité, ne vaudrait-il pas mieux écarter le principe que nous avons admis, et, par une solution tout opposée, donner un droit prédominant au constructeur et réduire celui du propriétaire du sol à une indemnité ?

Nous avons rejeté cette solution d'une manière absolument générale ; nous avons justifié le principe admis au Code. Nous avons montré qu'il ne faut pas se méprendre au sens des mots principal et accessoire : quelque grande que soit la valeur d'une construction, quelque minime que soit la valeur du terrain sur lequel elle s'élève, toujours cependant le sol est le principal, le bâtiment, l'accessoire, puisque sans le sol le bâtiment ne saurait subsister, tandis que le sol peut subsister sans la construction (1).

(1) V. *supra*, nos 10 et 11. — CUJAS et POTHIER, *loc. citat.*, nos 22 et 23.

Et puis, n'aurait-il pas été bien difficile de déterminer l'empire de l'exception, si on l'eût admise ? Dans quels cas exactement eût-on pu dire que le bâtiment est le principal et le terrain l'accessoire ?

Remarquons que si, au moment de la construction, une maison a une valeur égale ou supérieure à celle du sol sur lequel elle s'élève, la proportion entre ces deux valeurs est loin d'être fixe : le sol tend généralement — sauf cas exceptionnel de crise — à augmenter de valeur ; une construction au contraire tend toujours vers le dépérissement, elle diminue constamment de valeur depuis le jour de son édification jusqu'au jour où sa reconstruction devient nécessaire. Et ainsi on peut affirmer que, quelque grande que soit la valeur d'un édifice au moment de sa construction, quelque minime que soit la valeur du sol à la même époque, il arrivera, si les choses suivent leur cours normal, un moment où la proportion entre ces deux valeurs sera renversée, et où le sol reprendra sa prééminence.

Ce qui justifie encore parfaitement pour ce cas particulier la généralité de notre principe.

109. — Peu importe aussi pour l'application du principe à qui appartenait les matériaux employés, au constructeur ou à un tiers.

L'article 555 ne vise, il est vrai, que le cas où les matériaux appartenait au constructeur. Mais ici comme dans un grand nombre de ses dispositions la loi, ne pouvant prévoir toutes les hypothèses spéciales, a dû statuer *de eo quod plerumque fit*, et laisser aux interprètes le soin de résoudre les difficultés particulières en s'inspirant des principes.

Or, de ce que l'article 555 ne prévoit pas le cas où les matériaux employés appartiennent à autrui, il est impossible de conclure que cette circonstance empêche l'accession de

se produire. La loi décide le contraire dans l'article précédent ; lorsqu'un propriétaire construit sur son propre terrain avec les matériaux d'autrui, l'accession se produit ; le propriétaire des poutres ou des briques ne peut plus les réclamer en nature, il n'a droit qu'à son indemnité.

Il faut combiner l'esprit de l'article 553 avec celui de l'article 554. L'accession se produira. Le propriétaire du sol n'a pas à s'inquiéter de l'origine des matériaux employés par le constructeur. Cette question d'origine donne lieu seulement à un conflit entre le propriétaire des matériaux et le constructeur, conflit qui se règlera par une indemnité accordée au premier et payée par le second. Mais le règlement de cette indemnité se fait sans que le propriétaire du sol ait en rien à intervenir, ni que cela influe en quoi que ce soit sur son droit (1).

Nous admettons d'ailleurs qu'il n'en est plus ainsi si le propriétaire des matériaux s'est fait connaître au propriétaire du sol par une opposition indiquant son droit et en évaluant le montant : il y aura lieu alors de faire liquider la part d'indemnité correspondant aux matériaux, et c'est entre les mains de l'ancien propriétaire des briques ou des poutres que leur propriétaire actuel devra verser la somme fixée par le juge. C'est une simple application de la procédure de la saisie-arrêt (2).

110. — L'accession se produit également quelle que soit la nature du terrain sur lequel la construction a été élevée, que ce terrain soit public ou privé, aliénable ou inaliénable. La construction en s'incorporant au sol s'identifie à ce sol, en

(1) AUBRY ET RAU, t. II, § 204 *bis*, texte et note 10, p. 260. — DEMANTE, *Cours anal.*, t. II, n° 392 *bis*, VIII. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 678. — MARCADE, t. II, sur l'art. 553, VII. — TOULLIER, *Théorie du G. civ.*, t. II, p. 274. — MICOLESKO, p. 85.

(2) V. DEMANTE, *loc. cit.*

prend les caractères et se trouve affectée des mêmes droits.

Ainsi les constructions élevées sur un fonds dotal sont dotales comme le fonds lui-même dont elles deviennent l'accessoire (1).

C'est aussi en vertu du principe de l'accession que les hypothèques et les privilèges, qui, dans le principe, grevaient le sol, s'étendent aux constructions qui y ont été établies par la suite (2).

111.— Peu importe aussi quel est le propriétaire. Nous déciderons que l'État, un département, une commune pourraient parfaitement revendiquer une construction élevée sur un terrain faisant partie du domaine public. La circonstance que ce terrain n'est pas susceptible de propriété privée ne fait aucunement obstacle à l'application de l'article 555 : c'est un principe général (3).

112. — La règle : qui a le sol a le bâtiment, s'applique également quelle que soit la nationalité du constructeur ou du propriétaire du sol, et quand bien même tous deux seraient

(1) AUBRY ET RAU, t. V, § 534, texte et note 15, p. 535. — GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. IV, nos 1734 et 1734 I. — MARCADÉ, t. VI, sur l'art. 1543, n° 2. — MASSÉ ET VERGÉ, sur ZACHARIE, t. III, § 667, note 3. — TESSIER, *Traité de la dot*, t. I^{er}, p. 285. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3057, p. 60.

Paris, 11 avril 1850, Sir., 1851, 1, 163 et Dall., 1855, 2, 185. — Cass., 29 août 1860, Sir., 1861, 1, 9 et Dall., 1830, 1, 428. — Rouen, 2 mai 1861, Sir., 1862, 2, 171. — Cass., 19 juillet 1866 et 20 juillet 1866, Sir., 1867, 2, 261. — Bordeaux, 17 juin 1874, Sir., 1875, 2, 132 et Dall., 1875, 2, 118. — Cass. 10 juin 1885, Dall., 86, 1, 206 et Lyon, 11 mars 1886, Sir., 1888, 2, 7 et Dall., 1887, 2, 129 (concl. de M. l'avocat général Tallon).

Contra, RODIÈRE ET PONT, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1683. — Paris, 23 mai 1863, Dall., 1863, 2, 110.

Cpr. BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales*, t. I, nos 636 et s. — DELOYNES, *De la femme mariée sous le régime dotal*, Revue critique, 1882, p. 573. — Caen, 9 mai 1856, Rec. de Caen, 1856, p. 240.

(2) Aix, 26 mars 1885, Sir., (sous Cass.) 1889, 1, 49. — V. AUBRY ET RAU, t. III, § 284, texte, n. 1, p. 408.

(3) M. Laurent est d'une opinion contraire. Selon lui les établissements

étrangers. La règle est en effet de celles qui régissent la propriété des immeubles en France. Elle s'applique à tous les immeubles français, sans qu'il y ait lieu d'examiner la nationalité de leur propriétaire ou des autres parties en cause. Il est de principe que la propriété des immeubles est toujours régie par la *lex rei sitæ* (1).

§ 2. — Effets généraux de l'accession.

113. — Quels sont exactement les effets de l'accession ? A quel moment se produisent ces effets ? Quels sont les droits du propriétaire du sol sur les constructions tant que la possession en est encore au constructeur ?

C'est là une question délicate qu'aucun texte ne peut nous aider à résoudre : nous devons recourir aux seuls principes de la matière.

Deux systèmes sont en présence :

1^o L'accession ne produit effet qu'autant qu'au moment où le propriétaire rentre en possession de son immeuble, le bâtiment subsiste. C'est dire que l'accession ne produit effet qu'au moment de cette reprise de possession ;

2^o L'accession opère *ipso facto* au moment même de l'édification. Dès ce moment le maître du sol est propriétaire des constructions et peut exercer son droit.

114. — En faveur du premier système, on invoque tout élevés par un concessionnaire sur le domaine public restent meubles : c'est, à ses yeux, une conséquence de l'inaliénabilité du sol sur lequel ils s'élèvent (V. LAURENT, t. V, n^o 418).

Nous ne comprenons pas en quoi l'application du principe de l'accession porterait atteinte à l'inaliénabilité du domaine public : celui-ci, loin de subir une aliénation, reçoit une augmentation. D'ailleurs nous avons, en notre faveur, la généralité du principe de l'accession comme des termes que le législateur a employé pour la formuler (notamment art. 551, Civ.). Ils ne comportent aucune distinction.

(1) Art. 3, Civ.

d'abord le texte de l'article 555 : « Cet article suppose évidemment, dit-on, que les ouvrages et travaux qui ont été faits par le tiers possesseur existent encore au moment où se fait, entre le propriétaire et lui, le règlement relatif aux indemnités respectives auxquelles ces travaux peuvent donner lieu (1). » Le possesseur, dit-on encore, traite la chose comme un propriétaire : il construit ou il démolit, c'est son droit. Ce qui domine ici, ajoute-t-on, c'est le principe que le possesseur n'est tenu de restituer l'immeuble que dans l'état où se trouvait cet immeuble lorsqu'il a commencé à le posséder.

Tel est le système exposé par M. Demolombe (2). Tel est aussi celui auquel semble s'être rangée la jurisprudence (3) : remarquons cependant que les deux arrêts que nous pouvons citer ont été rendus dans des espèces particulièrement favorables ; il s'agissait de possesseurs de bonne foi, et le fait a toujours une influence considérable sur les décisions des tribunaux.

115. — L'analyse exacte du droit d'accession nous paraît repousser cette doctrine. L'accession, avons-nous dit, est un phénomène juridique, assimilant, incorporant le bâtiment au sol auquel il adhère. Au fur et à mesure que les moellons sont reliés aux fondations par le ciment, que les poutres sont assises dans les murs, ces matériaux font partie de l'immeuble dont le maître du sol est propriétaire.

Il en résulte nécessairement, pour nous, que l'accession opère immédiatement, de plein droit. Nous dénions donc absolument au constructeur le droit de raser les bâtiments

(1) DEMOLOMBE, t. IX, 681 *bis*.

(2) *Loc. supra cit.*

(3) Douai, 18 mars 1842. Sir., 1843, II, 8 ; Dall., 1844, IV, 357. — Cass., 16 février 1857. Sir., 1858, I, 192 et Dall., 1857, I, 120.

qu'il a élevés. Ces constructions sont devenues la propriété du maître du sol : les raser, c'est porter atteinte à la propriété d'autrui.

Tel est le principe qui nous paraît seul logique, seul conforme à la théorie de l'accession comme au texte des articles 546 et 555.

116.— Les arguments invoqués en faveur du système soutenu par M. Demolombe ne nous paraissent rien moins que concluants. L'article 555 — le texte sur lequel s'appuie toute cette théorie — s'est placé à l'époque où le propriétaire reprend son immeuble : sans doute c'est à ce moment que se règle l'indemnité ; sans doute aussi, le plus souvent, c'est à ce moment que le propriétaire use de son droit d'option ; mais ici comme dans un très grand nombre de cas, *lex statuit de eo quod plerumque fit*. Son texte ne contredit en rien à notre doctrine.

Le tiers possesseur a le droit de construire et de démolir, dit-on. C'est là une assertion gratuite : le possesseur n'a aucun droit. Son premier devoir est de respecter le droit du propriétaire. Après avoir violé ce droit en possédant, pourra-t-il le violer encore davantage en démolissant ?

Quant au principe que le possesseur n'est tenu de restituer l'immeuble que dans l'état où il était lors de l'entrée en possession, où se trouve-t-il écrit ? Le principe de l'accession que nous appliquons se trouve au Code : celui qu'on veut lui opposer ne se trouve nulle part.

117.— Que décidons-nous alors si le constructeur démolit les bâtiments qu'il avait élevés ?

C'est ici une simple question de fait.

Que si le constructeur était un possesseur de bonne foi, se croyant propriétaire, pensant agir dans la plénitude de son droit, les décisions données par la jurisprudence se trou-

vent très admissibles. Le propriétaire véritable ne pourra réclamer aucune indemnité : il n'éprouve aucun préjudice, puisqu'il retrouve son fonds dans l'état antérieur. Il n'a aucun intérêt à attaquer sur ce point le constructeur ; pas d'intérêt, pas d'action.

Si le constructeur était de mauvaise foi, s'il savait qu'il y avait un véritable propriétaire, nous considérons qu'il y a de sa part délit ou quasi-délit à démolir le bâtiment qu'il savait ou devait savoir appartenir à autrui. Mais ici encore le juge aura un pouvoir d'appréciation très étendu. Ce sera au propriétaire du sol à prouver que la démolition lui a causé préjudice. « Or, pourra lui dire le constructeur, si je n'avais pas détruit le bâtiment et que vous voulussiez le garder, il vous aurait fallu me payer la main-d'œuvre et les matériaux ; cette main-d'œuvre, ces matériaux représentent une somme supérieure à ce que valait le bâtiment (il en est du moins ainsi le plus souvent) ; vous n'auriez donc rien gagné. Vous ne subissez aucun préjudice, vous n'avez droit à aucune indemnité ».

Ainsi, en fait, notre principe se trouvera souvent sans application au cas de démolition. Dans quelques cas seulement il sera sanctionné par une action en dommages-intérêts (1).

118. — Il en sera autrement — et c'est alors que notre principe s'appliquera dans toute sa force — si le propriétaire tenant à conserver les constructions qui ont été faites sur son sol par un possesseur ou par un détenteur quelconque, fait défense à celui-ci de les démolir.

Alors le constructeur, s'il était de bonne foi, se trouvera constitué de mauvaise foi : il saura désormais que démolir le bâtiment qu'il a élevé, c'est démolir l'immeuble d'autrui.

(1) Cprz AUBRY et RAU, t. II, § 204 *bis*, note 9, p. 258. — V. aussi LAURENT, t. VI, n° 278.

Alors le constructeur, s'il était de mauvaise foi, ne pourra plus dire qu'il pensait que le propriétaire le forcerait à démolir lorsqu'il reprendrait les constructions. Pour l'un et l'autre, démolir les constructions devient une violation flagrante de la propriété d'autrui, qui prend un caractère de gravité, de dol ou de faute inexcusable.

119. — Il sera donc très important pour le propriétaire qui veut conserver les constructions élevées par un tiers sur son immeuble de lui faire connaître son intention : il fera sagement de lui faire défense de démolir.

Cette manifestation de volonté, fort utile, on le voit, comment se fera-t-elle ? Comment, juridiquement, l'intention du propriétaire de garder les constructions sera-t-elle portée à la connaissance du tiers possesseur ?

Cette question, comme toutes les questions de preuve, a une grande importance pratique.

Dans le silence de la loi, il faut appliquer les principes. Nous déciderons donc que tout acte de nature à faire connaître au constructeur la volonté, de la part du propriétaire, de conserver les constructions, suffit.

Quels actes remplissent cette condition ? C'est une question de fait, une question d'appréciation que les juges trancheront souverainement. Il est évident que la manifestation la plus éclatante de la volonté du propriétaire est la revendication dirigée contre le constructeur du terrain avec toutes les constructions qu'il porte. De même, il y aura une manifestation certaine, énergique, si le propriétaire, craignant les dénégations déloyales du constructeur, se procure un titre authentique en lui faisant signifier par huissier défense de démolir.

Mais, le plus souvent, il faudra décider qu'une lettre missive, une déclaration verbale suffisent : toutefois, il y aura

lieu d'apprécier les termes dans lesquels cette déclaration est faite.

La manifestation de volonté peut même être tacite ou implicite. Ainsi la Cour de Rouen a décidé que si les créanciers inscrits sur un immeuble, ayant par suite le droit, en faisant opérer la saisie, ou de retenir les constructions qu'y a élevées un tiers de mauvaise foi, à charge d'indemnité, ou d'obliger le constructeur à démolir, n'ont point stipulé au cahier des charges de l'adjudication que l'adjudicataire en souffrirait l'enlèvement, ils ont ainsi suffisamment manifesté leur intention de conserver les constructions (1).

C'est, nous le répétons, une pure question de fait.

§ 3. — Du droit d'exiger la démolition.

120. — L'accession se produit par le seul fait de la construction, *vi ac potestate soli*. Il ne faudrait pas toutefois en conclure que le propriétaire du terrain est nécessairement, irrévocablement propriétaire des constructions. Il faut comprendre que si le résultat de l'accession est de donner au propriétaire du sol un droit de propriété sur le bâtiment, il est libre de l'exercer ou de ne pas l'exercer.

Le principe de l'accession n'est d'ailleurs pas une règle d'ordre public ; le propriétaire peut y renoncer.

121. — Dans la plupart des cas, le propriétaire du sol a le choix entre conserver les constructions et contraindre le constructeur à les démolir.

« Dans la plupart des cas » avons-nous dit : le législateur, en effet, a cru devoir, dans un certain nombre de cas où il a jugé la situation du constructeur particulièrement digne d'in-

(1) Rouen, 18 février 1854. Sirey, 1856, II, 38 et Dall., 1854, II, 242. — V. aussi Paris, 30 avril 1877, Dall., 1879, II, 77.

térêt, retirer au propriétaire le droit d'exiger la démolition des constructions.

Il nous est facile de justifier le principe et de motiver l'exception.

122. — Le principe juridique est que le propriétaire peut exiger la démolition des constructions et la remise des lieux en leur état antérieur.

En effet celui qui construit sur le terrain d'autrui viole d'une façon flagrante le droit du propriétaire du sol. Nous comprenons que l'on traite avec moins de défaveur celui qui, se croyant propriétaire, a cru construire chez lui ; mais enfin, si on ne peut reprocher au constructeur de bonne foi un véritable délit, on peut relever contre lui une faute, une faute assez lourde même, car chacun doit savoir ce dont il est réellement propriétaire : si c'est sur un titre illusoire qu'il a fondé sa possession, il eût pu, en examinant ce titre, apercevoir son vice. Même de bonne foi, le constructeur est toujours en faute.

Le propriétaire, au contraire, n'a le plus souvent commis aucune faute. Il peut parfaitement ignorer les constructions faites sur son fonds, à son insu. Un propriétaire peut avoir, c'est bien son droit, des domaines très vastes, sur lesquels il lui est impossible d'exercer lui-même une surveillance incessante. Et enfin, je puis, sans qu'il soit possible de m'en faire un grief, compter que personne ne viendra violer ma propriété. Il peut être extrêmement désagréable pour un propriétaire d'être contraint de conserver des constructions qui lui déplaisent, qu'il n'a pas commandées, bien plus, qui ont été faites en violation de son droit, et pour lesquelles il est obligé de payer une indemnité qui peut être fort considérable.

On comprendrait donc fort bien que, dans la rigueur des

principes, le législateur eût admis que toujours le propriétaire aurait le droit d'exiger la démolition des constructions élevées par un tiers sur son terrain. C'est ce qu'avaient décidé tout d'abord les rédacteurs du Code civil, ainsi que nous le verrons en expliquant l'article 555.

123. — Toutefois le législateur a pensé que certaines situations étaient particulièrement dignes d'intérêt, que parfois le droit d'exiger la démolition est bien rigoureux. Et dans un certain nombre de cas il a obligé le propriétaire à conserver les constructions.

Le droit d'exiger la démolition est, en effet, bien dur pour celui contre qui on l'exerce. M. Demolombe n'hésite pas à l'appeler *un droit barbare* (1). Il cause au constructeur contraint de raser l'édifice un préjudice considérable ; la perte est à peu près complète de tout ce que lui a coûté la construction ; c'est à peine parfois si les matériaux provenant de la démolition paie ce que celle-ci nécessite de main-d'œuvre.

D'autre part il est des cas où la faute du constructeur paraît excusable. Le constructeur, par exemple, est de bonne foi : il a acheté *a non domino* le terrain sur lequel il bâtit ; se croyant propriétaire en vertu d'un titre régulier, il construit ; puis vient le véritable propriétaire qui l'évince. Serait-il équitable, ne serait-il pas excessif que ce propriétaire pût encore le forcer à démolir, de sorte qu'il perdrait à la fois peut-être, pour peu que son vendeur fût insolvable, et le prix du terrain et la valeur de la construction ?

Ce sont des considérations d'équité qui ont poussé le législateur à faire fléchir la rigueur des principes devant la bonne foi toujours favorable. Cette question de bonne ou de

(1) T. IX, n° 675.

mauvaise foi est essentielle dans la théorie du Code. C'est la base de la grande distinction admise par l'article 555 en ce qui concerne les constructions élevées par un possesseur.

124. — A un autre point de vue, on peut dire encore que le propriétaire du sol ne devient pas nécessairement propriétaire des bâtiments qu'un tiers y élève. Il se peut en effet que, contrairement au principe, ce soit le constructeur qui devienne propriétaire des bâtiments, soit directement, soit indirectement.

C'est ce qui arrive dans deux cas que nous devons rapidement signaler :

1° Le propriétaire du sol renonce expressément ou tacitement au droit qu'il a sur les constructions, il le cède ou il le laisse prescrire.

2° Le constructeur prescrit la propriété du sol sur lequel il a bâti et acquiert ainsi les constructions en vertu de notre principe même.

125. — I. — Le droit romain — c'était une curieuse conséquence de l'idée même du *dominium* — n'admettait pas que deux propriétés pussent se superposer, l'une portant sur le sol, l'autre sur les bâtiments élevés sur ce sol. La loi civile frappait d'une nullité absolue une convention qui eût atteint un semblable résultat. Ce fut seulement le préteur — dont les efforts constants tendaient à dépouiller le droit de sa rigueur primitive — ce fut le préteur qui protégea la propriété des constructions par un interdit.

Notre droit a complètement dépouillé tout formalisme. Il se fonde avant tout sur l'équité ; la liberté des conventions est l'un de ses grands principes. Il doit donc reconnaître et sanctionner toute convention, cession ou renonciation intervenue entre le propriétaire et le constructeur.

Les articles 553 et 664 nous montrent que nous ne préjugeons pas trop de l'esprit libéral de notre Code.

126. — L'article 553, en effet, établit une présomption de propriété des constructions au profit du propriétaire du sol mais il réserve expressément la preuve contraire. C'est donc admettre qu'un autre que le maître du sol peut être propriétaire des bâtiments ; c'est donc que le propriétaire du sol peut renoncer au bénéfice de l'accession au profit du constructeur. L'article, *in fine*, réserve aussi le cas de prescription de tout ou partie du bâtiment indépendamment du sol : ce que peut la prescription, une convention le peut certainement.

L'article 664 démontre non moins clairement l'exactitude de ce que nous avançons. Il indique les règles particulières au cas, fréquent dans certaines provinces, où les différents étages d'une maison appartiennent à des propriétaires distincts. C'est donc que la propriété peut être divisée, ou, si l'on veut, peut se superposer en plusieurs couches.

127. — Il est donc bien certain que la propriété du sol ne comporte plus nécessairement, comme dans le droit civil romain, la propriété des bâtiments, et que le propriétaire peut faire à ce sujet toutes les conventions qui bonnes lui semblent.

Il peut vendre des constructions déjà érigées en conservant par devers lui la propriété du sol, il peut céder le droit d'élever des constructions sur son terrain. Le droit conféré à celui qui se trouve ainsi propriétaire des constructions sans être propriétaire du sol est *le droit de superficie*, droit que notre Code n'étudie pas, mais dont la théorie rentre, croyons-nous, dans le cadre de ce travail (1).

(1) V. *infra*, chapitre VI, n^{os} 455 et s.

128. — II. — Il se peut aussi que le constructeur acquière la propriété du sol par prescription et que ce soit le véritable propriétaire qui se trouve dépouillé.

Ainsi, une personne élève des constructions sur un terrain qu'elle possède *animo domini* : au bout de dix à vingt ans, si elle est de bonne foi et a juste titre, ou au plus après trente ans, elle se trouvera propriétaire du sol sur lequel elle aura bâti. Et par voie de conséquence, elle sera propriétaire aussi des constructions qu'elle y a élevées ; car c'est elle qui pourra alors invoquer la maxime : qui a le sol a le bâtiment.

Résultat curieux à signaler, mais qui, loin de déroger à notre principe, n'en est que l'application.

§ 4. — Principe de l'indemnité due au constructeur.

129. — Enfin, dernier principe, fort important pour l'application de la règle qui a le sol a le bâtiment, le propriétaire qui conserve les constructions élevées sur son sol doit indemniser le constructeur.

C'est une règle de justice et d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Bien que ne se trouvant formulée dans aucun texte de notre Code, elle n'en est pas moins certaine et notre loi civile en fait de fréquentes applications. Or, le propriétaire s'enrichirait aux dépens du constructeur s'il gardait une maison qui ne lui coûte rien, s'il ne payait aucune indemnité.

C'est donc par application de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, qu'il faut en principe admettre le droit du constructeur à une indemnité.

130. — Il semble bien que les rédacteurs du Code aient perdu de vue ce principe. Pour eux, la cause de l'indemnité varie suivant que ce propriétaire peut ou non exiger la démolition.

Il peut, le plus souvent, exiger la démolition ; s'il garde les constructions, c'est qu'il les trouve à son goût, bien faites, utiles : il approuve l'affaire faite par le constructeur. Dans une certaine mesure, celui-ci peut être considéré comme le gérant d'une affaire dont le propriétaire serait le maître. Or, le maître doit rendre le gérant indemne de toutes ses dépenses utiles. Il lui doit donc l'intégralité de l'impense.

Mais quand le propriétaire du sol est obligé — qu'il le veuille ou non — de conserver les constructions, c'est-à-dire lorsqu'il est en présence d'un possesseur de bonne foi, le même raisonnement ne serait plus exact. Le constructeur ne peut plus prétendre à une action de gestion d'affaires : il doit avoir seulement une action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence de l'enrichissement du propriétaire.

La pensée du législateur est toujours utile à connaître. Mais nous la croyons inexacte.

131. — La gestion d'affaires est une cause bien distincte d'obligations, qu'il faut se garder de confondre avec une famille beaucoup plus vaste et surtout beaucoup moins bien déterminée, la nombreuse catégorie des obligations fondées sur un enrichissement sans cause, obligations sanctionnées par l'action que nous connaissons encore sous son nom romain, l'*actio de in rem verso*.

La gestion d'affaires est un quasi-contrat d'un genre tout spécial. Elle engendre des obligations réciproques entre les deux parties. Elle suppose essentiellement, son nom romain l'indique, *negotiorum gestio*, l'accomplissement d'actes juridiques : le *negotiorum gestor* est celui qui administre une fortune, qui gère un bien, qui agit juridiquement. Elle suppose chez ce *negotiorum gestor* l'intention d'agir non pour lui-même mais pour autrui.

Les obligations sanctionnées par l'action *de in rem verso*

n'ont aucun de ces deux caractères. Elles sont fondées uniquement sur cette maxime d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. L'enrichissement sans cause n'entraîne qu'une obligation unilatérale de restituer.

Ces prémisses posées, il est facile de déterminer le caractère de l'action en indemnité donnée au constructeur. Le constructeur n'a jamais eu l'intention d'agir dans l'intérêt du propriétaire du sol. Le fait de la construction, au point de vue où nous nous plaçons, est un fait purement matériel ; jamais un Romain n'aurait eu l'idée de dire en parlant d'un possesseur ou d'un détenteur précaire qui aurait élevé des constructions sur le terrain par lui possédé : *negotia domini gessit*. L'accession, l'incorporation d'une chose à une autre, entraîne pour le propriétaire de celle-ci une acquisition de propriété : cette acquisition est un enrichissement, l'équité exige une réparation qui a lieu sous forme d'indemnité.

L'action en indemnité est donc bien, non une action de gestion d'affaires, mais une action *de in rem verso* (1).

132. — La distinction juridique que nous venons d'établir ne présente pas un intérêt purement théorique.

Nous verrons que le législateur, pour l'avoir perdue de vue, a donné dans l'article 555 à l'égard du possesseur de mauvaise foi une solution qu'on peut expliquer mais qu'on ne peut justifier.

La confusion entre l'action *de in rem verso* et l'action de gestion d'affaires peut conduire à des conséquences vraiment inadmissibles, ainsi qu'on peut s'en convaincre en se reportant à la solution successivement admise par un jugement du tribunal civil de Corbeil du 31 décembre 1884, par l'arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 19 juillet 1887 et par l'arrêt de

(1) V. une note de M. Maurice PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris : *Dall.*, 1891, I, 49.

rejet de la Chambre des requêtes du 16 juillet 1890, jugement et arrêts très critiquables au point de vue juridique (1).

133. — Il y a lieu à une action *de in rem verso* au profit du constructeur. Contre qui cette action lui est-elle donnée ?

La question ne se pose pas si le même individu est propriétaire du sol au moment de la construction et au moment du règlement de l'indemnité. C'est évidemment à lui que l'indemnité sera réclamée, soit par voie d'action principale, soit le plus souvent sous forme de demande reconventionnelle lors de l'action en revendication.

Mais si le fonds, après que les constructions ont été élevées, a été aliéné à un tiers, contre qui le constructeur doit-il diriger son action ? Contre l'ancien propriétaire ou contre le nouvel acquéreur ?

Un arrêt de la Cour de cassation (2) s'est prononcé dans ce dernier sens : des constructions ayant été élevées par un locataire, le bailleur avait vendu ; la Cour suprême a décidé que le tiers possesseur, au cas particulier le preneur, devait diriger son action contre l'acquéreur, sauf à celui-ci à mettre son vendeur en cause. C'est l'opinion à laquelle se rallie M. Laurent. A quel titre, dit-il, le constructeur pourrait-il agir contre l'ancien propriétaire ? Il n'y a jamais eu de lien d'obligation entre l'ancien propriétaire et le constructeur. Et il n'est plus propriétaire.

Nous nous rangeons à l'opinion contraire. Il y a un lien d'obligation entre le propriétaire en faveur de qui s'est opérée l'accession et le constructeur : dès le moment de l'accession il y a eu obligation pour le premier, qui s'est enrichi, de payer une indemnité au second, aux dépens de qui il s'est enrichi. C'est d'ailleurs cette solution que nous trouvons ad-

(1) Dall., 1891, I, 49, et note de M. PLANIOL.

(2) Cass., 23 mai 1860, Dall., 1860, I, 384.

mise par un arrêt de Cologne déjà ancien (1), et par un arrêt plus récent de la Cour de Paris (2). Le nouvel acquéreur, disent ces deux arrêts, a acquis l'immeuble dans l'état où il se trouvait au moment de l'aliénation. D'ailleurs c'est la chose de l'ancien propriétaire et non celle de l'acquéreur que le constructeur a améliorée : il s'ensuit que c'est contre l'ancien propriétaire qu'il faut lui donner son action en indemnité.

134. — Nous pouvons noter dès maintenant une double différence entre le droit français et le droit romain.

Les lois romaines — du moins le droit civil — refusaient toute indemnité au constructeur de mauvaise foi : les lois anciennes même, très rigoureuses, avaient imaginé contre lui la fiction *donasse videtur* qui lui enlevait absolument toute action. Nous venons de voir que, dans notre droit, le constructeur doit toujours être indemnisé par le propriétaire qui garde les constructions ; l'ancienne fiction est rejetée par notre Code.

Dans le droit romain le constructeur de bonne foi n'avait pour obtenir son indemnité qu'une exception de dol : il a maintenant une action. Et tandis que l'exception ne pouvait être invoquée qu'autant que le constructeur était encore en possession, notre droit ne fait plus aucune distinction de ce genre.

Il y a là un double progrès. Le préteur romain s'était efforcé de faire fléchir autant qu'il lui était possible les anciennes rigueurs : notre Code a achevé son œuvre en les faisant complètement disparaître.

135. — Si nous résumons les règles posées dans cette section, nous voyons d'abord comme principe essentiel l'adage : qui a le sol a le bâtiment.

(1) Cologne, 14 mars 1853, Dall., 1853, V, 381.

(2) Paris, 30 avril 1877, Dall., 1879, II, 77.

Ce principe donne au propriétaire du sol une faculté triple ordinairement, double seulement parfois :

1° Garder les constructions élevées sur son terrain en s'opposant à leur démolition et moyennant indemnité au constructeur ;

2° Exiger l'enlèvement des travaux et la remise des lieux en leur état primitif (c'est cette faculté qu'il perd en présence d'un constructeur de bonne foi) ;

3° Renoncer à son droit aux constructions, les vendre, les donner, et même les laisser prescrire.

SECTION II. — Des présomptions de l'article 553.

136. — Nous avons vu le principe fondamental de l'accession, principe reproduit au Code civil en cette formule concise et claire : « Le propriétaire du sol est propriétaire du dessus et du dessous (1) ».

L'article 553 interprète cette règle et montre que le droit français ne donne plus à ce principe une puissance aussi absolue que le droit romain. L'article que nous allons étudier est ainsi conçu :

« Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un sous-terrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ».

137. — Dans le droit civil romain, c'était une règle abso-

(1) Art. 552, Civ.

lue, que la propriété du sol ne pouvait être distincte de celle des bâtiments. Le droit français ne pose pas de règle semblable. L'article 553 édicte simplement une présomption, fort importante en notre matière au point de vue de la preuve.

Il est à présumer que le propriétaire du sol est aussi propriétaire des bâtiments. Mais ce n'est là qu'une simple présomption, non pas une de ces présomptions irréfragables, de ces présomptions *juris et de jure* qu'un intérêt supérieur d'ordre public exige qu'on tienne pour toujours vraies, mais une présomption *juris tantum* qu'on peut combattre par la preuve contraire.

Il se peut en effet que la présomption, quoique vraie dans la plupart des cas — *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit* — ne le soit pas toujours. Toute personne pourra prouver que c'est elle qui a construit, ou qu'elle a acquis tout ou partie du bâtiment, bien que n'ayant pas acquis la propriété du sol ; une semblable acquisition peut se réaliser même par prescription.

138. — Il importe, maintenant que nous avons vu le sens général de l'article 553, d'en analyser le texte, de déterminer exactement la portée des présomptions qu'il édicte, d'indiquer les conséquences des preuves fournies contre ces présomptions par le constructeur, et aussi, — question d'une grande importance pratique — les moyens de preuve admissibles.

139. — L'article 553 peut s'analyser en une triple présomption que nous formulerons dans les trois propositions suivantes :

1^o Toutes les constructions qui se trouvent sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumées avoir été faites par le propriétaire ;

2^o Elles sont présumées faites à ses frais ;

3° Elles sont présumées lui appartenir.

Ce sont ces trois présomptions qu'il nous faut rapidement examiner

140. — I. « Toutes les constructions élevées sur un terrain ou faites dans l'intérieur sont présumées faites par le propriétaire ». Voilà la première présomption telle qu'elle résulte du texte même de notre article.

Présomption parfaitement fondée, parfaitement équitable, absolument conforme à la vraisemblance et à la réalité des faits. Lorsqu'une maison s'élève sur un terrain, n'est-il pas très probable que c'est le propriétaire qui construit? Comment supposer que c'est un tiers qui s'expose au risque d'être contraint de démolir la construction ou de la laisser aux mains du véritable propriétaire moyennant une indemnité toujours inférieure, en fait, aux dépenses qu'il aura dû faire? L'édification par le propriétaire est certainement le *quod plerumque fit*.

Mais enfin, il n'est pas sans exemple que des constructions soient élevées sur le terrain d'autrui; c'est relativement exceptionnel, sans doute, cependant cela se présente encore assez fréquemment. Le texte, avec beaucoup de raison, a fait de notre présomption une présomption *juris tantum* qui admet la preuve contraire.

141. — II. La seconde présomption peut se formuler ainsi : « Toutes les constructions sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumées faites *aux frais* du propriétaire ».

Cette présomption fait suite à la première : elle en est le complément. On peut même dire que c'est le point important. Présomption bien fondée aussi, celle qui suppose que c'est le propriétaire qui bâtit et que c'est lui qui paie.

Par bâtir, entendons faire bâtir : le plus souvent le propriétaire ne bâtit pas lui-même, il charge un architecte, un

entrepreneur, d'élever la construction. D'ailleurs, *qui mandat, ipse fecisse videtur* : en réalité celui qui construit, c'est celui qui commande et qui paie.

C'est justement ce que suppose la loi. Il est tout naturel de penser, que celui qui paie est celui qui doit profiter des constructions, c'est-à-dire le propriétaire du sol. Bien rare doit être le cas où les ouvrages s'exécutent aux frais d'un tiers qui n'y a aucun droit, et c'est au tiers qui se met dans cette situation exceptionnelle à démontrer ses droits contraires à la vraisemblance.

142. — III. — Dernière présomption, la plus importante : « Les constructions ou travaux faits sur un terrain ou dans son intérieur sont présumés appartenir au propriétaire de ce terrain ». C'est la règle même de l'accession. Le principe, c'est que, *jure accessionis, vi ac potestate soli*, toute construction élevée sur un terrain appartient au propriétaire de ce terrain, que cette construction ait été élevée par le propriétaire et à ses frais — alors c'est évident, — ou qu'elle l'ait été par un tiers et aux frais de ce tiers, ce que nous avons démontré. Tel est le principe, telle est la présomption. Mais, à ce principe, il peut être dérogé ; ce principe n'est pas absolu, il comporte des exceptions : à celui qui prétend être bénéficiaire d'une de ces exceptions à établir la dérogation au principe.

143. — Cette triple présomption, nous l'avons dit, n'est pas irréfragable. Le texte réserve expressément le droit pour chacun de faire la preuve contraire. La place qu'occupent ces mots « si le contraire n'est prouvé » à la fin de la disposition indique clairement, selon nous, que la preuve peut être fournie contre chacune des présomptions édictées par l'article.

Ainsi, contrairement à la première présomption, on pourra

prouver que la construction n'a pas été élevée par le propriétaire du sol, mais bien par un tiers, par un possesseur se croyant le maître de l'immeuble, ou même par un simple détenteur.

Mais cette première preuve, isolée, sera rarement utile. Presque toujours celui qui aura intérêt à prouver que la construction n'a pas été élevée par le propriétaire tiendra surtout à prouver qu'elle ne l'a pas été à ses frais. Souvent, le propriétaire aura chargé du soin de construire un entrepreneur, ou bien il aura donné procuration à un locataire ou à un fermier. Ce qu'il importe de savoir, c'est qui a payé. Ce qu'il faudra donc démontrer, c'est que le propriétaire n'a payé ni la main-d'œuvre ni les matériaux.

144. — Quelle sera la conséquence de ces deux preuves ? auront-elles pour résultat de changer complètement la situation, et faudra-t-il, prenant le contre-pied du texte, dire qu'alors le constructeur est propriétaire des bâtiments ? Ce résultat est évidemment inadmissible : il rencontre un obstacle insurmontable dans ces principes mêmes de l'accession que nous avons exposés dans la section précédente. Peu importe comment et par qui les matériaux ont été joints au terrain : le propriétaire du sol les a acquis immédiatement, *vi ac potestate soli*.

Le résultat de ces preuves est d'établir le contraire de ce que faisait présumer la disposition de l'article 553. La preuve n'établit que strictement les faits sur lesquels elle a porté, rien au delà : elle établit simplement que les constructions n'ont été faites ni par le propriétaire, ni à ses frais. Il en résulte simplement pour le constructeur un droit à une indemnité, et encore ce droit est-il soumis le plus souvent à la condition que le propriétaire du sol gardera les constructions.

145. — Pour combattre complètement les présomptions

édictées par l'article 553, c'est-à-dire pour que le constructeur se fasse reconnaître comme propriétaire des bâtiments, il faudra qu'il administre une troisième preuve.

Le droit français, en effet, a admis, contrairement au droit civil romain, la superposition de deux droits de propriété portant l'un sur le sol, l'autre sur les bâtiments. Or il est certain que celui qui a un droit doit être admis à le faire valoir. Le constructeur pourra donc établir qu'il a un droit spécial, un droit de superficie, droit que nous étudierons dans un chapitre particulier.

Il pourra invoquer pour établir ce droit soit un titre, soit la prescription. Nous avons vu en effet que l'article 553 *in fine* admet l'acquisition de ce droit par ce mode.

146. — Suivant que les deux premières preuves seulement ou la troisième seront fournies, les résultats seront bien différents.

Le constructeur qui établit seulement qu'il a élevé une construction à ses frais, n'établit pas son droit de propriété sur le bâtiment : il prouve simplement qu'il a bâti sur le sol d'autrui. Il en résulte qu'il a seulement les droits et obligations que nous reconnaitrons, dans les chapitres suivants, au constructeur, en distinguant selon la qualité en laquelle il a construit. Le propriétaire du bâtiment, en ce cas, c'est le propriétaire du sol.

Si au contraire c'est la troisième preuve que fournit le constructeur — preuve plus difficile puisqu'il s'agit d'établir non plus de simples faits, mais bien un droit — il jouit désormais sur les bâtiments du droit absolu du propriétaire, il n'en peut être dépouillé par le propriétaire du sol.

147. — Dernière question, fort importante en pratique. Comment se feront les preuves destinées à combattre les diverses présomptions de l'article 553 ?

Tout d'abord remarquons que c'est au constructeur à prouver tous les faits et tous les droits qu'il invoque. Le propriétaire du sol a pour lui l'article 1352 : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ». Il est présumé avoir élevé les bâtiments à ses frais, en être propriétaire, et quand bien même il est demandeur, si le constructeur ne lui conteste pas la qualité de propriétaire du sol, il n'a rien à prouver.

Quant aux modes de preuve, il faut appliquer les règles ordinaires : aucun texte n'y déroge en notre matière. Il faudra repousser la preuve testimoniale toutes les fois que l'intérêt sera supérieur à 150 francs (ce qui sera fréquent puisqu'il s'agit de constructions) et que le fait à établir sera un fait juridique, l'admettre, au contraire, si les faits à prouver sont purement matériels ou s'il y a impossibilité de présenter un titre.

148. — La question délicate, dans certains cas, est d'apprécier si un fait est juridique ou purement matériel, car souvent un fait matériel a des conséquences juridiques.

Ici, il faut décider que les deux premières preuves portent sur des faits purement matériels. Le fait de construire n'a rien de juridique : il pourra donc s'établir par témoins. Toutefois, il est certain que si le constructeur peut produire des devis, mémoires ou quittances relatifs aux travaux objet du litige, la preuve qu'il a à fournir lui sera considérablement facilitée. C'est avec raison que la Cour de cassation a décidé que le fait par un tiers possesseur d'avoir, à titre de propriétaire, exécuté des travaux sur le fonds d'autrui est susceptible d'être prouvé par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, quoique la somme réclamée pour ces travaux soit supérieure à 150 francs (1).

(1) AUBRY ET RAU, t. II, § 192, texte n° 1 et note 4, p. 181. — DEMO-
L.—8

Au contraire, si le constructeur veut établir qu'il a un droit de propriété sur les bâtiments, il a à démontrer l'existence d'un fait juridique, convention ou renonciation intervenue entre lui et le propriétaire du sol ; il doit établir à son profit l'existence d'un droit de superficie. Il ne pourra employer la preuve testimoniale que si l'intérêt est inférieur à 150 francs, ou s'il invoque comme mode d'acquisition la prescription. En général, il ne pourra donc établir son droit qu'en produisant un titre (1).

SECTION III. — Du caractère immobilier des constructions.

148 I. — Le caractère immobilier des constructions nous semblait au premier abord ne pouvoir soulever aucun doute. Que les bâtiments soient des immeubles, et cela *ergo omnes*, cela nous paraissait absolument évident.

Toutefois l'opinion divergente de certains auteurs (2), la théorie prêtée dans un ouvrage récent à M. Laurent (3), nous obligent à donner quelques explications sur ce point.

148 II. — Les bâtiments sont immeubles : telle est une proposition dont l'exactitude ne peut, ce nous semble, être contestée. Elle est d'ailleurs écrite au Code (art. 518).

LOMBE, t. IX, n° 697 *bis*. — LAURENT, t. VI, nos 254 et 277.

Cass., 27 juillet 1859, Sir., 1860, I, 360, et Dall., 1860, I, 384. — Cass., 23 mai 1860, Sir., 1860, I, 792, et Dall., 1860, I, 384.

(1) Auteurs cités ci-dessus. — Cass. belge, 21 avril 1866, Pasicrisie belge, 1866, 130. — Cass. belge, 8 décembre 1870, Pasicrisie belge, 1871, 48. — Cass., 1^{re} avril 1890, Sir., 1890, I, 245. — Poitiers (même affaire), 6 mai 1891, Sir., 1892, II, 108.

(2) DELVINCOURT, HENNEQUIN, CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD.

(3) Henry CUENOT, *Des constructions élevées par le locataire sur les lieux loués*.

Par *bâtiments*, il faut évidemment entendre des constructions dignes de ce nom. Les baraques démontables ou les boutiques roulantes que les marchands forains installent sur nos places publiques et qui n'adhèrent au sol que par leur propre poids, ne sont très certainement que des meubles : la preuve en est dans la facilité avec laquelle ces objets se déplacent. Le caractère d'adhérence physique qui fait l'immeuble leur manque complètement. Nous ne parlons donc que des bâtiments adhérents au sol par fondations ou par pilotis (1).

Lorsque les bâtiments sont construits par le propriétaire lui-même, personne ne conteste leur caractère immobilier. Les matériaux et le terrain auxquels ils adhèrent ne forment qu'une entité juridique, qu'un seul immeuble. La circonstance que les constructions ont été élevées par un autre que le propriétaire (la question s'est posée et a été surtout discutée à l'occasion des bâtiments, œuvre du locataire) est-elle de nature à empêcher l'identification de se produire, à laisser aux matériaux leur caractère mobilier ?

148 III. — Certains auteurs l'ont pensé.

Suivant M. Delvincourt (2) et suivant M. Hennequin (3), ce ne serait pas le caractère d'immobilité qui ferait des constructions des immeubles par nature, mais l'esprit de perpétuité dans lequel elles ont été élevées. Le sol lui-même, la seule chose qui soit véritablement un immeuble par nature, n'est immeuble par nature que parce qu'il est destiné à rester perpétuellement immeuble : les constructions ne peuvent être immeubles par nature qu'à la même condition, leur per-

(1) V. DEMOLOMBE, t. IX, n° 105.

(2) DELVINCOURT, *Instit. de droit civ.*, t. I^{er}, p. 301, note 2. — Cprz TOULLIER, t. III, p. 8, n° 11.

(3) HENNEQUIN, t. I^{er}, p. 5.

pétuelle adhérence au sol. Si une construction est temporaire, elle ne peut être immeuble que par destination, et le propriétaire seul peut faire des immeubles par destination. Les constructions élevées par le propriétaire sont des immeubles. Mais celles qu'élève un tiers, menacées par le droit de démolition qui est généralement reconnu au propriétaire, restent meubles.

Cet argument, dit-on, est confirmé par la tradition. Et on invoqué un texte de Pothier (1).

Nous croyons inutile de réfuter longuement cette opinion. Il nous serait facile de montrer que le texte de Pothier n'est d'aucune force en faveur du système. Il nous suffit de lui opposer le texte absolument clair, absolument général de l'article 518 : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature ».

148 IV. — Ce texte absolu ne devait pas empêcher de nouvelles théories de se produire. MM. Championnière et Rigaud (2) ont soutenu à l'égard du caractère mobilier ou immobilier des constructions une théorie vraiment bizarre. Ils reconnaissent que l'article 518 est formel : les bâtiments sont des immeubles. Mais ce n'est vrai qu'à l'égard du propriétaire en faveur de qui se produit l'accession. A l'égard du constructeur qui n'a pas sur le sol de droit réel, la transmutation légale des matériaux en immeubles ne peut se produire : il en conserve donc la propriété mobilière. Et ainsi la même construction, les mêmes matériaux se trouvent à la fois la propriété du maître du sol *ut universitas* et la propriété du constructeur *ut res singulæ*.

La théorie est curieuse. Elle rappelle le droit romain : le

(1) *Traité de la Communauté*, n° 37.

(2) CHAMPIONNIÈRE ET RIGAUD, t. IV, n°s 3176 et s., 3561 et s., t. VI, 367 et s.

droit du constructeur sur les matériaux se trouvait paralysé mais non éteint par l'accession se produisant au profit du propriétaire du sol ; la construction venait-elle à être démolie, le constructeur pouvait en revendiquer les matériaux (1). Mais une semblable théorie n'est plus possible aujourd'hui : elle est aussi contraire au texte de l'article 518 qui ne comporte pas cette subtile distinction, qu'à la nature même du droit de propriété qui, absolu, ne peut supporter la coexistence sur la même chose d'un autre droit de propriété, identique, c'est-à-dire aussi absolu.

148 v. — On a dit (2) que la thèse autrefois soutenue par MM. Delvincourt, Hennequin, Championnière et Rigaud avait été reprise par M. Laurent sous une forme plus spécieuse. Suivant l'éminent auteur, les constructions seraient immeubles aux yeux du bailleur et de ses ayants droit, meubles à l'égard du preneur.

Nous reconnaissons qu'on peut — à ne lire que superficiellement le passage de M. Laurent (3) relatif aux constructions — se méprendre sur sa théorie. Quelques phrases où l'auteur emploie des termes un peu vagues, dépassant sa pensée, peuvent donner prise à l'erreur ; notamment celle-ci : « Un bâtiment peut à certains égards, à l'égard de certaines personnes, être considéré comme un bien mobilier ».

Interpréter ainsi qu'on l'a fait ce passage des *Principes de droit civil*, c'est faire dire à M. Laurent ce qu'il ne pense pas. Il nous semble facile de préciser sa pensée. Il pose avec beaucoup de raison la distinction entre la chose et les droits dont elle peut être l'objet : il tient à éviter la confusion que

(1) V. *supra*, première partie, Droit romain, n° 9, p. 10.

(2) HENRY CUENOT, p. 31 et s.

(3) LAURENT, t. V, nos 408-410 et 413 et s.

commettent les Cours de cassation française et belge (1). Les constructions sont des immeubles, — l'article 518 est formel, — mais on peut n'avoir sur elles qu'un droit mobilier. C'est en ce sens que M. Laurent peut dire d'elles qu'immeubles à l'égard du propriétaire du sol, elles sont meubles à l'égard du tiers constructeur. Voici un passage qui ne peut laisser aucun doute sur la pensée du grand jurisconsulte belge :

Le locataire ayant construit, quelle est, se demande M. Laurent, la condition juridique de ces constructions ?

« Elles sont immeubles, dit-il, cela est évident, puisqu'elles sont incorporées au sol. Elles sont aussi immeubles à l'égard du propriétaire du sol : cela encore ne fait pas doute, c'est l'application du droit commun. Mais quelle sera la *nature du droit* que le preneur a sur ces constructions pendant la durée du bail ? Ici reparait la différence entre le preneur et le superficiaire. Le droit du superficiaire est immobilier parce qu'il est réel : par contre le droit du preneur est mobilier, parce que c'est un droit d'obligation. Cela est admis par tout le monde (2) pour ce qui concerne le droit du preneur sur les biens qui font l'objet du bail. Or, le droit du preneur sur les constructions qu'il fait est identiquement le même, ce n'est pas un droit réel, donc ce n'est pas un droit immobilier ; c'est un droit d'obligation, donc un droit mobilier ».

La théorie de M. Laurent ne porte aucune atteinte au caractère immobilier des constructions. Immeuble, la construction peut être l'objet d'un droit mobilier comme d'un droit immobilier. C'est en ce sens qu'est vraie cette proposition qui, au premier abord, paraît paradoxale : les constructions

(1) V. *infra*, troisième partie, Droit fiscal, n° 528.

(2) Par respect pour l'exactitude, je me permets d'ajouter : sauf MM. Troplong et Colmet de Santerre.

immeubles aux yeux du propriétaire, peuvent être meubles aux yeux du constructeur.

148 VI. --- Une construction — cela est généralement admis — peut être meuble à un autre point de vue. Elle est meuble, lorsqu'on la considère comme séparée du sol. De même que la vente de fruits à récolter ou de coupes de bois à faire sont des ventes mobilières, de même la vente d'une maison à démolir, c'est-à-dire, somme toute, la vente des matériaux à provenir de sa démolition, est une vente mobilière.

148 VII. — Ce dernier point de vue mis à part, on peut proclamer dans toute sa généralité ce principe : les bâtiments sont des immeubles. Cela ne préjuge d'ailleurs en rien des droits qui peuvent exister sur les constructions qu'un possesseur ou un détenteur quelconque élève sur le terrain d'autrui, droits dont la détermination constitue la partie la plus importante et la plus difficile de ce travail.

Division.

149. — Ces principes fondamentaux de la matière admis, les droits du propriétaire du sol proclamés et le phénomène juridique de l'accession étudié, il nous faut examiner la situation faite au constructeur, les droits et obligations qui lui compètent, droits et obligations qui varient considérablement suivant les relations juridiques qu'il a ou qu'il n'a pas avec le propriétaire du sol.

Dans cette étude nous suivrons, s'il est permis de nous exprimer ainsi, un ordre ascendant dans les droits du constructeur, partant du cas où c'est un possesseur *sine jure* pour arriver à l'hypothèse où il est lui-même propriétaire des bâtiments qu'il élève. Nous considérerons donc successivement :

D'abord le cas où il n'a aucun droit sur le sol, cas où il est

possesseur *sine jure*, usurpateur ou possesseur de bonne foi, cas textuellement prévu et régi par l'article 553 ;

Puis le cas où le constructeur détient légitimement l'immeuble, mais à titre précaire, comme locataire, emphytéote, usufruitier, commodataire ou créancier antichrésiste ;

Le cas où il a sur le fonds les pouvoirs résultant d'un mandat (en prenant ce mot dans son sens le plus large) ;

Ensuite nous examinerons la situation du constructeur qui a sur le sol un droit de propriété, mais un droit limité par une indivision ou soumis à une condition ;

Et enfin nous nous efforcerons de donner une théorie exacte de ce démembrement particulier du droit de propriété ou de cette propriété restreinte, dont l'existence même a été niée parfois, le droit de superficie.

Dans un appendice, nous traiterons un cas qui ne peut rentrer dans notre plan et cependant assez important : de la construction empiétant sur le terrain d'autrui.

CHAPITRE II

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR UN POSSESSEUR. — DE L'ARTICLE 555.

150. — Le premier cas à étudier est régi explicitement par l'article 555, texte fort important dans toute la matière des constructions élevées sur le terrain d'autrui. On a pu dire avec raison que ce texte est le siège de la matière.

Cependant, nous verrons qu'en ce qui concerne la portée de l'article 555 les auteurs et la jurisprudence sont loin d'être d'accord : il y a sur ce point l'une des grandes controverses que nous ayons à étudier et à trancher.

151. — Quoiqu'il en soit, voici la teneur de cet article 555 :

« Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a le droit ou de les retenir ou d'obliger ce tiers à les enlever.

« Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui ; il peut même être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds.

« Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont

été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions, mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur ».

152. — Tel est ce texte.

Autant au premier abord il semble clair et bien ordonné, autant en réalité et après lecture plus attentive, il mérite les nombreuses critiques qui lui ont été adressées.

153. — Lisons l'article une seule fois, que comprenons-nous ?

Le premier alinéa contient un principe dominant toute la matière. Lorsqu'un tiers a construit sur le terrain d'autrui, le propriétaire a le choix entre deux partis : retenir les constructions ou en exiger la suppression.

Puis, dans les deux alinéas suivants, le législateur, avec une méthode excellente, détermine les conséquences de l'exercice par le propriétaire de l'un ou de l'autre de ces droits.

Si le propriétaire du fonds demande la suppression des constructions, cette démolition se fait aux frais du constructeur qui ne peut réclamer aucune indemnité ; loin de là il peut être condamné, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts envers le propriétaire du fonds pour le préjudice qu'il lui a fait éprouver. Cette décision est absolument conforme au droit strict résultant des principes : le propriétaire ne doit avoir à subir aucun dommage, si minime soit-il, ni se trouver engagé d'une façon quelconque par le fait d'un tiers qui, sciemment ou imprudemment, est venu construire sur un terrain ne lui appartenant pas.

Si au contraire le propriétaire préfère conserver les cons-

tructions, il doit rembourser au constructeur la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds en a pu acquérir. — Et c'est là l'exercice pur et simple du droit d'accession. Le propriétaire, en gardant les constructions, ratifie en quelque sorte l'affaire faite par le constructeur, qui se trouve ainsi dans une position analogue à celle d'un gérant d'affaires : le propriétaire, maître de l'affaire, lui doit ses déboursés. C'est, nous l'avons vu, l'ancienne décision de Gaius, qui, en semblable circonstance, accordait au constructeur *pretium materiæ et mercedes fabrorum*.

Telle serait une solution complète, très claire, un peu rigoureuse, sans doute, tantôt pour le constructeur, tantôt pour le propriétaire, si une longue phrase, ajoutée au troisième alinéa, ne venait profondément modifier notre texte : je dirai plus, le bouleverser. En présence d'un constructeur possesseur de bonne foi, le propriétaire est obligé de conserver les constructions, qu'elles lui plaisent ou non. Seulement il aura le droit de choisir, en ce qui concerne la fixation de l'indemnité, entre le remboursement intégral de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, et le paiement d'une somme égale à la plus-value que les constructions ont procurée à l'immeuble.

154. — Bien que cette dernière phrase soit précédée de la conjonction *néanmoins*, les rédacteurs du Code n'ont pas entendu considérer la situation qu'elle vise comme exceptionnelle. Ils se sont remémoré l'ancienne distinction romaine entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Et c'est en faveur du premier qu'ils ont introduit cette dernière phrase.

On rendrait mieux la pensée du législateur en indiquant dès les premiers mots de l'article l'ancienne distinction à la-

quelle il s'est référé, et en divisant les dispositions de notre texte en deux parties, en deux paragraphes. On aurait pu ainsi rédiger l'article 555 :

« Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers de mauvaise foi, le propriétaire du fonds peut... » etc.

Et faisant de la dernière phrase un paragraphe distinct, paragraphe répondant à la situation contraire à celle visée par les trois premiers alinéas :

« Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un possesseur de bonne foi, le propriétaire ne peut demander la suppression desdits ouvrages... » etc.

155. — La rédaction défectueuse de cet article s'explique historiquement. Ce long texte n'a pas été écrit d'un seul trait. La dernière phrase, qui vient bouleverser toute la théorie première, n'a en effet été ajoutée qu'après coup. Voici comment :

L'article 548 du projet — devenu depuis notre article 555 — ne comprenait que les trois premiers alinéas. Appliquant strictement les principes, le Conseil d'État n'avait fait aucune distinction entre le possesseur de mauvaise foi et le possesseur de bonne foi, donnant dans tous les cas au propriétaire du fonds le droit d'exiger la suppression des travaux, aux frais du constructeur, ou de les garder en remboursant intégralement à celui-ci la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre. Mais la section de législation du Tribunal, se souvenant de l'ancienne distinction romaine, trouva la disposition « trop dure à l'égard du possesseur de bonne foi ». C'est cette observation qui décida le Conseil d'État à modifier le texte primitif et à reproduire l'ancienne distinction. Mais au lieu de remanier la rédaction première, de façon à lui donner une forme en rapport avec le sens et la portée de ses

dispositions, on se contenta d'ajouter à la fin du troisième alinéa, sans même en faire un paragraphe distinct, la phrase : « Néanmoins... » (1)

Nous regrettons cette défectuosité de rédaction. Mais enfin, grâce aux travaux préparatoires, nous connaissons la pensée du législateur : nous n'avons, nous interprète, qu'à la respecter et à l'appliquer.

156. — Fidèle à la distinction à laquelle se sont référés les rédacteurs du Code, nous diviserons ce chapitre en quatre sections. Nous consacrerons les deux premières au possesseur de mauvaise foi et au possesseur de bonne foi, réservant pour les deux sections finales la question très controversée du droit de rétention et la détermination des travaux que vise notre article par les mots « constructions et ouvrages ».

Au préalable toutefois, avant d'examiner la situation faite aux possesseurs de bonne ou de mauvaise foi, il faut nous demander à quel moment nous devons nous placer pour décider si un possesseur est de bonne ou de mauvaise foi.

157. — Sur cette question nous trouvons au Code deux décisions contraires.

D'une part, en effet, au titre de la Prescription l'article 2269 proclame que pour qu'un possesseur soit toujours considéré comme de bonne foi « il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition ».

D'autre part, dans le titre même de la Propriété, c'est-à-dire dans le titre où se trouve également l'article 555, l'article 550, relativement à l'acquisition des fruits, édicte : « Le possesseur est de bonne foi, quand il possède comme pro-

(1) FENET, t. XI, pp. 94 et 100. — V. aussi DEMOLOMBE, t. IX, n° 673. — LAURENT, t. VI, n° 262. — MARCADÉ, t. II, sur l'art. 555-I.

priétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ».

Il en résulte que, d'après le premier texte, pour décider si un possesseur est de bonne foi, il faut se placer au début de la possession : on n'a pas à tenir compte de la connaissance qu'il acquerrait postérieurement des vices de son titre, de l'absence de son droit. *Malafides superveniens non impedit usucapionem*, disaient les Romains au même point de vue.

L'autre texte, au contraire, ne considère comme de bonne foi que le possesseur qui l'est réellement. Du jour où il connaît les vices de son titre, du jour où il sait qu'il n'est pas véritablement propriétaire, il est de mauvaise foi.

Lequel de ces deux textes appliquer en notre matière ?

158. — Il est certain que c'est à la disposition de l'article 550 qu'il faut se référer.

En raison, en bonne logique, n'est-il pas évident qu'est de bonne foi celui qui se croit propriétaire, et de mauvaise foi celui qui sait qu'il ne l'est pas ? C'est là, semble-t-il, une vérité incontestable, une affirmation tellement évidente qu'il suffit de l'énoncer, qu'aucune preuve ne peut être nécessaire. Mais comme en un cas le Code s'en écarte, il faut bien la démontrer, au moins brièvement.

En matière de prescription, une fiction de l'article 2269 veut que soit toujours considéré comme de bonne foi celui qui l'a été lors de l'entrée en possession, alors même que par suite il viendrait à connaître la vérité sur sa situation juridique. C'est là une fiction. Comme toutes les fictions, il importe de ne pas l'étendre à des cas pour lesquels elle n'a pas été faite. Elle a été édictée au titre de la prescription, elle n'est relative qu'à la prescription.

Nous avons encore pour appuyer cette solution un puis-

sant argument de texte. D'abord la place qu'occupe l'article 550 tout près de l'article 553, dans le même titre. Puis, notre article, dans son troisième alinéa, dernière phrase, par ces mots « un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi », ne renvoie-t-il pas aux articles 549 et 550 qui traitent justement de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi ?

Il est donc bien certain — et la solution ne fait, croyons-nous, doute pour personne — que pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi du constructeur, il faut se reporter, non pas à l'époque de son entrée en possession, mais à la date de l'exécution des travaux.

159. — De ce principe, nous tirerons immédiatement quelques conséquences particulières :

Si un tiers, de bonne foi lorsqu'il construit un édifice, vient ensuite à connaître les vices de son titre, il sera toujours, relativement au droit du propriétaire sur le bâtiment et à la fixation de l'indemnité, considéré comme de bonne foi. Toutefois, pour la jouissance postérieure, notamment en ce qui concerne l'acquisition des fruits, il faudra le traiter comme de mauvaise foi.

Dans le cas contraire, un tiers qui, de bonne foi lors de son entrée en possession, a déjà connaissance des vices de son titre lorsqu'il bâtit, sera traité comme de mauvaise foi quant aux travaux.

Enfin, si le constructeur, de bonne foi quand il commence les travaux, vient à connaître les vices de son titre alors qu'il est en train de construire, il faudra maintenir respectivement pour chaque partie des bâtiments les deux règles que nous venons de poser, appliquant aux travaux exécutés avant que le possesseur n'ait connaissance des vices de son titre les règles que nous poserons au cas de bonne foi, et

aux travaux faits postérieurement celles que nous allons étudier immédiatement (1).

SECTION I. — Des constructions élevées par
un possesseur de mauvaise foi.

160. — Avant toute autre question, qu'est-ce qu'un possesseur de mauvaise foi? En présence de qui nous trouvons-nous dans l'hypothèse que nous envisageons?

Le Code civil ne définit pas explicitement le possesseur de mauvaise foi. Mais il donne dans son article 530 la définition du possesseur de bonne foi. Comme tout possesseur qui n'est pas de bonne foi est de mauvaise foi, nous pouvons, *a contrario*, tirer de ce texte une définition du possesseur de mauvaise foi.

Le possesseur de mauvaise foi est celui qui détient une chose *animo domini*, sachant qu'il n'en est pas propriétaire, n'ayant aucun titre ou n'ayant qu'un titre qu'il sait entaché de nullité.

161. — D'après cette définition, nous reconnaitrons qu'il faut traiter comme possesseur de mauvaise foi, l'acheteur qui a acquis l'immeuble d'un incapable, mineur ou interdit, d'une femme mariée non autorisée, d'un mineur émancipé non assisté de son curateur, sachant que la personne avec qui il a traité était incapable ou mariée. Est de mauvaise foi aussi l'héritier apparent qui sait qu'il existe un autre testa-

(1) L. 37, Dig., *de rei vind.*, VI, I. — POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété*, n° 351. — AUBRY ET RAU, t. II, § 204, p. 261. — BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1289. — DEMANTE, *Cours analyt.*, t. II, n° 392 bis IV. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 677. — DURANTON, t. IV, n° 376. — LAURENT, t. VI, n° 263. — ZACHARIE, § 203, texte et note 2. — MICOLESKO, p. 131 et 132.

ment révoquant celui en vertu duquel il a appréhendé la succession, ou que le testament qui l'instituait est entaché de nullité. .

Il y a plus. Ainsi que l'indique notre définition, le possesseur de mauvaise foi peut n'avoir aucun titre. Ce peut être un individu qui, voyant un terrain inoccupé, a profité de l'absence du propriétaire pour s'en emparer, l'a cultivé, l'a planté, l'a construit. Pis encore : cet usurpateur a peut-être employé la violence pour dépouiller le propriétaire ; le fait est assez rare dans notre société actuelle, mais il est possible.

On comprend par ces quelques exemples, et nombreux sont les cas de possession de mauvaise foi, on comprend, dis-je, que la loi ne voie pas d'un œil favorable le possesseur de mauvaise foi. Elle le traite en usurpateur : c'est le *prædo*.

162. — Cependant tant qu'il possède, ce possesseur fût-il de mauvaise foi, passe aux yeux de tous pour le vrai propriétaire : il en exerce les droits, il en joue le rôle.

Tant que le véritable propriétaire reste inconnu, tant qu'il n'agit pas, tant qu'il ne revendique pas son bien, le possesseur jouit de l'immeuble absolument comme s'il en était propriétaire. Rien ne ressemble plus à la propriété que la possession, qui n'est que l'exercice de la propriété. Le seul fait de la possession semble donner au possesseur, même de mauvaise foi, un droit sur la chose : il a certaines actions, les actions possessoires, pour défendre ce droit. Mais quelle est sa nature ? On a soutenu, avec assez de raison, que ce n'est pas un droit, que c'est un fait, l'apparence d'un droit, d'autres pensent que la possession constitue un droit réel, d'autres enfin en font un droit *sui generis*. C'est là une question délicate qui ne rentre pas dans notre sujet et dont nous laisserons à d'autres la solution. *Non est hic locus*.

Quoi qu'il en soit, le fait ou le droit de possession a un résultat, une sanction : le possesseur de mauvaise foi a, comme tout autre, les actions possessoires. Si quelqu'un, fût-ce le véritable propriétaire lui-même, trouble sa possession illicite, l'usurpateur agira par la complainte, pourvu toutefois qu'il ait la possession annale, et repoussera son adversaire. Est-il dépossédé par violence, il rentrera en possession du terrain comme des constructions qu'il y a élevées, par la réintégrande.

Possesseur, il est présumé propriétaire et du sol et du bâtiment. Lorsque le vrai propriétaire veut reprendre son bien, il faut qu'il intente contre le *prædo* une action en revendication. Notre possesseur, malgré sa mauvaise foi, joue dans cette instance le rôle facile à tenir de défendeur : il n'a rien à prouver, il n'a qu'à opposer la force d'inertie. C'est au propriétaire qui veut l'évincer à prouver son droit de propriété. Le fardeau de la preuve est souvent très lourd : un droit est souvent difficile à établir, et si le propriétaire ne fournit pas des preuves suffisantes du droit qu'il invoque, il se trouvera irrévocablement dépouillé ; le possesseur ne pourra pas être contraint à restituer ce qu'il détient sans droit.

Prolongée un certain temps, la possession, quelle qu'elle soit, conduit toujours, grâce à la prescription, à la propriété, à la propriété inattaquable, absolue, définitive, irrévocable. La seule différence est que la possession entachée de mauvaise foi mène moins vite à l'usucapion : au lieu des dix à vingt ans exigés du possesseur de bonne foi, la loi en exige trente du possesseur de mauvaise foi.

En résumé, la situation du possesseur de mauvaise foi est bonne. Elle est bonne tant qu'il possède. Oui, *beati possidentes* ! Mais attendons la fin.

163. — Vienne le véritable propriétaire muni de son titre,

qui chasse l'usurpateur, qui reprend son fonds et y trouve un bâtiment qu'il n'a pas commandé. Voici la situation qui change.

Quand le possesseur est de bonne foi, sa bonne foi le défend encore contre les rigueurs de la loi. Mais le possesseur de mauvaise foi, qui a détenu le bien d'autrui sachant qu'il était à autrui, celui-là ne mérite aucun égard. Et la loi ne lui ménage pas ses rigueurs.

Le possesseur de mauvaise foi a construit sur le fonds ; le propriétaire triomphe dans son action en revendication : quel droit aura le propriétaire sur les constructions ? quels seront ceux reconnus au possesseur ?

Le propriétaire est le maître de la situation. La loi, qui n'a aucun ménagement à prendre vis-à-vis d'un possesseur de mauvaise foi, vis-à-vis d'un usurpateur, offre au propriétaire deux partis entre lesquels il peut librement choisir. Il peut, si les constructions lui paraissent utiles à garder les retenir ; il peut aussi, s'il préfère reprendre son terrain tel qu'il était avant les constructions, exiger leur démolition et la remise du terrain en son état primitif.

Nous allons examiner les conséquences des deux termes de cette alternative.

§ 1. — Le propriétaire oblige le constructeur à démolir.

164. — Si le propriétaire opte pour la démolition, la situation du possesseur est extrêmement dure, il faut le reconnaître. Il devra enlever, à ses frais, les constructions, c'est-à-dire qu'il paiera pour détruire ce qu'il aura payé pour édifier : non seulement il perdra ses constructions ou à peu près, mais encore il paiera pour les perdre. Il ne pourra réclamer au propriétaire qui lui inflige cette perte aucune indemnité :

bien au contraire, c'est encore le propriétaire qui peut, usant de son droit jusqu'au bout, exiger des dommages-intérêts, si le possesseur ne peut rétablir exactement les lieux en leur état primitif, si, par exemple, pour construire il a fait abattre des arbres.

Telle est la situation que fait au possesseur de mauvaise foi l'alinéa 2 de l'article 555 : « Si le propriétaire du fonds exige la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui : il peut même être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds ».

165. — On a souvent trouvé excessif ce droit de démolition, accordé au propriétaire qui l'a emporté sur le possesseur de mauvaise foi. M. Demolombe regrette cette solution et pense que mieux eût valu appliquer en cette hypothèse les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires (1).

Il importe de bien faire remarquer que le droit de démolition accordé au propriétaire par l'alinéa 2 de l'article 555 est une juste sanction du droit de propriété lui-même. A nos yeux, ce droit n'a rien d'exorbitant, rien de barbare.

La solution adoptée par le Code est parfaitement logique, quelque rigoureuse qu'elle soit. Elle était imposée par le respect dû à la propriété. Au nom de quel principe, en vertu de quel droit, un usurpateur, un possesseur de mauvaise foi viendrait-il m'imposer à moi propriétaire d'un terrain, des ouvrages qui ne me conviennent pas ou qui ont coûté fort cher, c'est-à-dire dont le paiement absorberait une partie considérable de mon avoir, tout peut-être ? Comment la loi pourrait-elle donner un droit quelconque à un individu qui

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 675.

viole sciemment le droit d'autrui ? Quelque rigoureuse que soit la situation faite au possesseur de bonne foi, elle est parfaitement juste. Ne devait-il pas penser, lorsqu'il construisait, qu'un jour le véritable propriétaire revendiquerait son héritage ? Ne savait-il pas à quoi il s'exposait ? (1)

Au point de vue du droit, rien ne condamne cette solution. En vertu de quel principe le constructeur de mauvaise foi pourrait-il réclamer une indemnité au propriétaire qui exige la démolition de l'édifice ? Pour qu'on puisse exiger de quelqu'un une indemnité, il faut qu'il y ait de sa part délit ou enrichissement. Délit, s'il en est un, c'est bien le constructeur qui l'a commis en violant la propriété d'autrui. Enrichissement, il n'en peut être question, puisque le propriétaire exige simplement la remise des lieux en leur état primitif : il ne s'enrichit pas puisqu'il ne garde rien. Le seul droit du constructeur doit donc être d'enlever les matériaux de démolition.

166. — Si la disposition de l'alinéa 2 de l'article 555 se justifie parfaitement en droit comme en équité, on a cependant encore adressé au législateur une autre critique qui peut au premier abord paraître fondée. Pourquoi dans deux cas tout à fait analogues donne-t-il deux solutions absolument opposées ? Pourquoi refuse-t-il dans l'article 554 ce qu'il accorde dans l'article 555 ? Les raisons d'ordre public, les arguments économiques qui ont fait adopter la solution de l'article 554 ne subsistent-ils pas intégralement dans l'hypothèse régie par l'article 555, alinéa 2 ?

Un propriétaire a bâti sur son propre sol avec des matériaux appartenant à autrui : le propriétaire des matériaux ne peut pas exiger la démolition de l'édifice pour recouvrer ses maté-

(1) V. sur ce point LAURENT, t. VI, n° 264. — Bruxelles, 12 février 1828, Pasier. belge, 1828, p. 54.

riaux, il ne peut demander qu'une indemnité. Ainsi le veut l'article 554. Ici c'est un tiers qui construit avec ses propres matériaux sur le sol d'autrui : le maître du sol pourra exiger la démolition des constructions. Pourquoi cette antinomie ?

Si l'une des deux dispositions portait atteinte au droit de propriété, ce serait l'article 554. Mais l'antinomie n'est qu'apparente. Une analyse exacte du phénomène juridique de l'accession et des considérations importantes d'intérêt public justifient parfaitement les deux solutions distinctes, données par le législateur.

167. — La disposition de l'article 554 se justifie facilement en droit comme en équité.

En droit, les matériaux d'autrui que le propriétaire a employés — par erreur ou sciemment, peu importe — se sont, par le fait même de la construction, incorporés au sol : il y a eu accession. Juridiquement, il n'y a plus de matériaux, leur substance a péri. Il n'y a plus de moellons ni de poutres, il y a un édifice, il y a un immeuble, un sol bâti. Or, *extinctæ res vindicari non possunt*. Le propriétaire des matériaux ne peut donc les revendiquer. Tout ce qu'il peut dire c'est que le maître du sol lui a causé un dommage, a commis un délit civil : il a de ce chef une action en indemnité qui lui permet d'obtenir la valeur des matériaux ; il peut même, s'il y a lieu, réclamer de plus amples dommages-intérêts.

En équité, l'intérêt que le propriétaire des matériaux pourrait avoir à reprendre ceux-ci en nature est bien minime. Des matériaux de démolition n'ont plus grande valeur. Au contraire le maître du sol, forcé de détruire le bâtiment qu'il a construit, subirait une perte considérable. On comprend qu'un si minime intérêt ne puisse permettre de causer un si grave préjudice.

Et aussi le législateur a obéi à une considération écono-

mique, d'intérêt public. Démolir une maison encore solide, c'est anéantir une richesse considérable, ce qui est toujours regrettable ; c'est une chose que le législateur doit s'efforcer d'empêcher, s'il le peut sans porter atteinte à aucun droit acquis. Ensuite, les démolitions de maisons bouleversent et salissent les villes. « *Ne aspectus urbis ruinis deformatur, vel ædificia sub hoc prætextu dirimantur....* » disaient les juriconsultes romains pour expliquer cette disposition qu'on trouve déjà dans la loi des XII tables (1).

168. — Ces raisons existent-elles encore dans le cas visé par l'article 553 ? Non. L'argument juridique est absolument renversé. Les raisons d'équité, d'intérêt général ou privé ont perdu le meilleur de leur force.

L'accession ici se produit, non plus au profit de celui qui serait l'objet d'une action en revendication, mais au contraire au profit de celui qui l'intente. Celui-ci est libre de l'invoquer ou d'y renoncer ; il l'invoquera si les bâtiments élevés par le possesseur de mauvaise foi lui conviennent ; il y renoncera s'il préfère les faire raser.

Ici, l'atteinte portée au droit du propriétaire est infiniment plus grave que dans le cas de l'article 554. Il importe à la société elle-même que l'usurpateur soit sévèrement puni de son usurpation : il est bon que cette véritable peine — être condamné à démolir ses constructions — menace ceux qui seraient tentés de bâtir autre part que chez eux.

L'intérêt du maître du sol à exiger la démolition, c'est-à-dire à ne pas avoir à payer ce qu'a coûté la construction, est souvent très considérable. Refuser au propriétaire le droit d'exiger la démolition, c'eût été lui imposer une construction qui peut-être lui déplait et l'obliger à payer une indemnité

(1) L. 1, pr., Dig., de tigno juncto, XLVII, 3.

souvent fort élevée, excédant peut-être ses propres ressources. Sans doute la démolition d'une maison causera au constructeur une perte considérable, mais comme pour résoudre le conflit il fallait que l'un des deux, du constructeur ou du propriétaire, subit un préjudice, il était juste de l'imposer au premier (1).

169. — Tout en reconnaissant que le droit d'exiger la démolition d'un bâtiment est, dans le cas actuel, parfaitement légitime, nous devons cependant remarquer qu'il est extrêmement rigoureux. On ne peut s'empêcher de trouver infiniment dure la situation du possesseur de mauvaise foi qui perd la possession de l'immeuble dont il jouissait et se voit en même temps contraint de démolir à ses frais une maison qui lui a coûté fort cher. Il y a là une véritable peine qu'il ne faut prononcer que contre les coupables. Il ne faut donner au maître du sol ce droit de démolition que s'il est bien en présence d'un possesseur de mauvaise foi.

Or, il est de principe que la mauvaise foi ne se présume pas. Nous exigerons, pour mettre cette arme aux mains du propriétaire, que celui-ci ait fourni la preuve de la mauvaise foi du constructeur. Le doute sur ce point suffira à faire considérer le possesseur comme de bonne foi.

D'ailleurs, c'est là avant tout une question de fait : le constructeur était-il de bonne ou de mauvaise foi ? Les tribunaux jouiront pour la résoudre d'un large pouvoir d'appréciation.

Ajoutons que la jurisprudence se montre disposée à user de ce pouvoir d'une façon très large, trop large peut-être. Elle se laisse facilement entraîner par des considérations d'ordre public ou privé ; elle cherche souvent à éviter la démolition d'un édifice et elle n'admet guère le propriétaire à

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 675. — MICOLESKO, p. 135-137.

exercer son droit de démolition que si la mauvaise foi du constructeur est particulièrement flagrante et punissable.

170. — Le possesseur de mauvaise foi ne peut d'ailleurs résister à l'ordre d'avoir à démolir ses constructions en prétendant qu'il a amélioré l'héritage, qu'il lui a procuré une plus-value. C'est pour le propriétaire un droit strict que celui d'exiger la démolition. Et d'ailleurs, si le constructeur essaie d'invoquer l'équité, il est facile au propriétaire de lui répondre qu'il n'avait aucun titre pour améliorer le fonds d'autrui, que s'il a fait des travaux d'où il résulte une plus-value, ce n'est pas dans l'intérêt du propriétaire puisqu'il l'avait dépouillé ce propriétaire, et qu'on ne rend pas service à ceux que l'on dépouille (1).

§ 2. — Le propriétaire conserve les constructions.

171. — Si le maître du sol peut exiger la démolition des bâtiments élevés sur son terrain par un constructeur de mauvaise foi, il peut aussi les conserver. C'est ce qu'il fera toujours si les constructions lui conviennent, et c'est fort heureusement ce qu'il fait le plus souvent. C'est là d'ailleurs l'exercice même de son droit d'accession. C'est le second terme de l'option offerte au propriétaire par l'article 555 :

« Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. »

Il est évident que si le maître du sol conserve les bâtiments, il doit indemniser le constructeur. « Nul ne peut s'en-

(1) V. sur ce point LAURENT, t. VI, n° 264. — Bruxelles, 12 février 1828, Pasicris. belge, 1828, p. 54.

richir aux dépens d'autrui, » c'est une maxime fondamentale d'équité et de droit. Il serait absolument inique que le maître du sol, quelque peu favorable que soit le constructeur, pût, sans bourse délier, garder des bâtiments ayant coûté fort cher et ayant encore une grande valeur.

172. — Le maître du sol qui garde les bâtiments doit donc bien en principe indemniser le constructeur. Sur quelles bases calculera-t-on cette indemnité ?

L'article 555 a pris soin de l'indiquer clairement. L'indemnité comprendra, dit-il, « la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre. »

Cette décision mérite les vives critiques qu'on n'a pas manqué de lui adresser. On peut l'expliquer, on peut indiquer quelle semble avoir été la pensée du législateur, mais on ne peut la justifier.

Le propriétaire qui garde les bâtiments élevés par un tiers sur son terrain paraît bien, peut-on dire, déclarer par là qu'il approuve le constructeur, que l'affaire faite par celui-ci a été bonne et que lui, propriétaire, la prend à son compte. Il y a entre le constructeur et le propriétaire un rapport juridique analogue au quasi-contrat de gestion d'affaires. Le maître de l'affaire doit rendre indemne le gérant dont l'administration a été bonne. D'ailleurs, ajoute-t-on, si l'indemnité que la loi détermine est trop forte, si la plus-value donnée au terrain est de beaucoup inférieure au montant du prix des matériaux et de la main d'œuvre, rien n'oblige le propriétaire à conserver les bâtiments : il peut parfaitement exiger leur démolition et la remise des lieux en leur état primitif.

Mais c'est là, nous le disions, une explication de la pensée du législateur, non une justification. Au point de vue juridique, nous avons vu que le fondement de l'indemnité est l'enrichissement du propriétaire, et que l'indemnité ne doit

exister que jusqu'à concurrence de cet enrichissement. En raison, il faut reconnaître que la disposition de l'article 555 est mauvaise pour le propriétaire comme pour le constructeur : rarement une construction donne une plus-value supérieure ou même égale à ce qu'elle a coûté ; on pourrait donc reprocher à cette disposition de pousser le propriétaire à exiger la démolition.

La loi semble avoir indiqué deux solutions extrêmes : la démolition, d'une part, et, d'autre part, la conservation du bâtiment à charge pour le propriétaire de rembourser intégralement tout ce qu'il a coûté. Nous verrons que la pratique offre des solutions intermédiaires qui concilient plus heureusement les intérêts du constructeur et ceux du propriétaire.

173. — Nous avons vu que le Droit romain, dans sa rigueur première, considérait que la maison appartenait par accession au propriétaire du sol, sans qu'il soit rien dû au constructeur. L'équité repoussait cette solution, le législateur a dû peu à peu l'amender, la modifier, l'abandonner. Mais l'équité édictait-elle une indemnité aussi élevée que celle qu'accorde notre Code ? Nous ne le croyons pas.

L'équité exige que le maître du sol indemnise le constructeur, mais seulement dans la mesure où il s'est enrichi. Or de quoi le propriétaire s'enrichit-il en conservant les constructions qu'un tiers a élevées ? De la plus-value donnée à l'ensemble de l'immeuble par ces constructions, c'est-à-dire de la différence entre la valeur du sol nu, tel qu'il était autrefois, et celle de l'immeuble tel qu'il est aujourd'hui, couvert de bâtiments. Voilà ce qui profite au propriétaire, voilà ce dont il doit avoir à indemniser le constructeur.

Or, ce n'est pas ce que décide la loi. Le maître du sol qui garde les bâtiments doit rembourser au constructeur le prix des matériaux et de la main-d'œuvre, ce qui, dans l'immense

majorité des cas, représente une somme bien supérieure à la plus-value donnée à l'immeuble (1).

174. — La loi se montre donc beaucoup trop favorable au constructeur de mauvaise foi. D'autant plus qu'elle fait, ainsi que nous le verrons plus loin, une application beaucoup plus exacte des principes en ce qui concerne le constructeur de bonne foi. L'alinéa final de l'article 555 décide en effet que celui-ci, évincé, ne peut exiger que la plus-value donnée par les constructions à l'immeuble, à moins que cette plus-value ne soit supérieure à l'impense, auquel cas celle-ci seulement est due par le maître du sol. Il en résulte donc que le possesseur de mauvaise foi est plus favorablement traité que le possesseur de bonne foi.

Un exemple fait bien ressortir tout ce que cette solution a de singulier. Un possesseur construit une maison sur un sol qui ne lui appartient pas : la construction revient à 80.000 fr. ; la plus-value est seulement de 60.000. Le propriétaire évince le possesseur. Celui-ci est-il de bonne foi, l'indemnité due par le propriétaire est de 60.000 francs. Est-il de mauvaise foi, l'indemnité comprendra toute l'impense, soit 80.000. Et ainsi la mauvaise foi de l'usurpateur lui vaudra 20.000 francs ! Résultat aussi singulier qu'immoral.

C'est ce qui faisait dire à M. Hennequin que « cette différence tout à l'avantage de l'usurpation, n'a pas été sans doute dans la pensée du législateur (2). »

175. — Mais il ne faut pas proclamer que la situation du possesseur de mauvaise foi est préférable à celle du possesseur de bonne foi. N'oublions pas que contre le premier le maître du sol a une arme terrible dont il saura se servir au besoin. Il peut le contraindre à démolir les bâtiments et à

(1) V. en ce sens LAURENT, t. VI, n° 262.

(2) HENNEQUIN, t. I^{er}, p. 253.

remettre le terrain en l'état antérieur. C'est là une menace de nature à intimider le possesseur de mauvaise foi trop exigeant. Dans l'espèce que nous avons envisagée, quand le constructeur viendra réclamer au propriétaire les 80.000 francs que lui accorde trop facilement la loi, le maître du sol lui tiendra à peu près ce langage : « Choisissez : vous aurez 60.000 francs de vos constructions, ni plus, ni moins, ou bien vous les raserez et remettrez à vos frais les lieux dans leur état primitif. » Et le constructeur aura évidemment tout intérêt à accepter les conditions que lui fait le propriétaire pour éviter une perte plus considérable encore (1).

176. — D'ailleurs le propriétaire pourra, s'il le juge bon, considérer le possesseur de mauvaise foi comme de bonne foi. Il peut, à son choix, considérer comme applicable au possesseur de mauvaise foi la première ou la seconde partie de l'article 555. C'est en effet un principe de notre droit, principe déposé dans l'article 2268 du Code civil, que « la bonne foi est toujours présumée ». Et le constructeur ne pourrait venir invoquer sa mauvaise foi dans le but d'obtenir une indemnité plus forte.

Remarquons que c'est une faculté dont le propriétaire du sol usera rarement : en considérant le constructeur comme de bonne foi, il renonce par là même au droit de lui demander compte des fruits perçus ; car il ne peut le traiter en possesseur de bonne foi au point de vue des constructions et en possesseur de mauvaise foi au point de vue des fruits (2).

177. — Nous avons dit que la situation du possesseur de mauvaise foi est, somme toute, inférieure à celle du posses-

(1) AUBRY ET RAU, t. II, § 204, note 11, p. 261.

(2) AUBRY ET RAU, t. II, § 204, note 11, p. 261. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 676. — DU CAURROY, BONNIER ET ROUSTAIN, t. II, n° 111. — DURANTON, t. IV, n° 378.

seur de bonne foi. Cette infériorité éclate tout particulièrement au point de vue des fruits. Le possesseur de mauvaise foi doit en effet restituer les fruits perçus au propriétaire qui recouvre son immeuble, tandis que au contraire le possesseur de bonne foi fait les fruits siens et n'est tenu à aucune restitution envers le propriétaire qui l'a évincé. C'est bien ce que nous lisons dans l'article 549 : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi ; dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ».

Nous pouvons constater que la position du possesseur de mauvaise foi est fort dure somme toute : le propriétaire du terrain est véritablement le maître de la situation. Celui-ci peut en effet forcer le constructeur à anéantir ses travaux, à remettre les lieux en l'état primitif, et en outre il pourra réclamer des dommages-intérêts s'il résulte des travaux la moindre dégradation. Le propriétaire veut-il conserver les bâtiments, l'indemnité qu'il paiera au constructeur sera évidemment réduite au minimum, car la menace d'user du droit de démolition amènera celui-ci à composer. Enfin il faudra que le possesseur de mauvaise foi rende au propriétaire tous les fruits, loyers ou arrérages qu'il aura probablement consommés (1).

178. — Il y a lieu, le plus souvent, à un règlement de

(1) Sur cette comparaison de la situation du constructeur de bonne foi et du constructeur de mauvaise foi, V. ARNTZ, t. I^{er}, n° 950. — AUBRY ET RAU, t. II, § 204, note 11, p. 259. — BAUDRY-LACANTINIERE, t. I^{er}, n° 1291. — CHAVOT, *Traité de la prop. mob.*, n° 509. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 674. — DEMANTE, C. an., t. II, n° 392 bis III. — DU CAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, nos 111 et 112. — DUPIN, *Encyclop. du droit*, V^o Accession, n° 19. — DURANTON, t. IV, p. 330, n° 378. — LAURENT, t. VI, n° 262. — MARCADÉ, sur l'article 555, n° 2. — PROUDHON, t. II, n° 565. — TOULLIER, t. III, n° 128. — VIGIÉ, *Cours élément. de dr. civ.*, t. I^{er}, n° 950. — MICOLESCO, p. 141-142.

compte entre le propriétaire et le constructeur de mauvaise foi. Le premier doit en effet au second, s'il garde les constructions, une indemnité ; le second doit au premier les fruits perçus.

Ces fruits dus par le possesseur de mauvaise foi ne comprennent pas seulement les fruits qu'aurait produits le terrain nu, c'est-à-dire resté dans son état primitif : ils comprennent aussi les fruits naturels et civils produits par les constructions que le possesseur a fait élever. Ces fruits, en effet, ont été produits par l'immeuble du propriétaire, immeuble dont les travaux étaient devenus partie intégrante (1).

179. — Mais en retour le propriétaire devra de son côté les intérêts de la somme que ces travaux ont coûtés au possesseur, à compter du jour même où ces avances ont été faites. Il n'est pas besoin, en ce cas, pour faire courir les intérêts, d'une demande en justice (2) : il ne s'agit pas ici, en effet, si l'on examine les choses au fond, d'intérêts proprement dits, d'une somme d'argent ; il y a là un règlement de compte portant sur les fruits à restituer au propriétaire du sol par le possesseur. Les avances ont produit une augmentation dans les fruits et revenus de l'immeuble : or si le possesseur ne pouvait retenir les intérêts de ces avances au moins jusqu'à concurrence de l'augmentation de fruits produite, le propriétaire qui percevrait intégralement cette augmentation s'enrichirait aux dépens du constructeur. Le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui doit toujours être observé, même à l'égard d'un possesseur de mauvaise foi ou d'un usurpateur.

Comme l'a très exactement décidé un arrêt de la Cour de cassation célèbre en la matière, cette restitution des intérêts

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 679.

(2) Art. 1153, al. 3, Civ.

sera obtenue en les portant en dépenses dans le compte à établir entre le propriétaire et le constructeur. Il importe cependant de laisser intacte et entière la part des fruits produite par l'immeuble dans son état primitif ou correspondant à ce que l'immeuble aurait produit : les intérêts des avances ne peuvent donc être en principe portés en compte que jusqu'à concurrence des fruits produits en excédent par suite des constructions. Mais comme le plus souvent il ne sera fait qu'une seule masse des fruits produits par l'immeuble en son état primitif et par les constructions, les juges admettront en déduction les intérêts des avances sans rechercher s'ils sont supérieurs et de combien à l'excédent de fruits dû aux constructions (1).

Une fois ces divers éléments du compte établis, il n'y a plus qu'à laisser une compensation s'opérer jusqu'à due concurrence entre les deux parties du compte : il n'y a somme toute qu'une balance à faire.

SECTION II. — Des constructions élevées par un possesseur de bonne foi.

180. — Que faut-il entendre par un possesseur de bonne foi ?

A cette question nous trouvons la réponse dans l'article 550 : « Le possesseur est de bonne foi, quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. »

(1) Cass., 9 décembre 1839, Sir., 1840, 1, 66.

V. aussi, POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété*, n° 343. — AUBRY ET RAU, t. II, § 204, texte et note 14, p. 261. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 679. — NOUVEAU DENIZART, t. I, V° *Améliorations*, n° 5. — LAURENT, t. VI, n° 280. Agen, 27 mars 1843, Sir., 1843, II, 511.

Le possesseur de bonne foi est donc un individu qui se croit propriétaire, exerce les droits attachés à la propriété et dont la croyance est justifiée soit par l'existence d'un titre — titre nul, il est vrai, mais dont il ignore les vices, — soit tout au moins par la croyance à l'existence d'un titre (1).

En vérité quoique l'article 550 mentionne comme l'une des conditions de la bonne foi l'existence d'un titre translatif de propriété, la condition unique est la croyance où le possesseur doit être que la chose lui appartient légitimement. Non seulement il faut que le possesseur ignore l'existence du droit du véritable propriétaire, non seulement il faut qu'il se croie seul maître de la chose, mais il faut que le possesseur pense qu'il est devenu légitimement propriétaire.

Le possesseur de bonne foi doit donc commettre une erreur : c'est cette erreur qui le constitue de bonne foi. Mais il faut, pour que cette bonne foi soit admissible, pour que le législateur puisse lui accorder quelque effet, il faut que l'erreur repose sur une cause légitime, il faut un titre, ou tout au moins la croyance à un titre. Sans doute le titre n'est pas considéré comme une condition particulière et distincte de la bonne foi, mais c'en est un élément et aussi un moyen de preuve.

181. — Comme types de possesseurs de bonne foi, nous pouvons en indiquer un certain nombre. Voici, par exemple, une vente consentie par un mineur qui s'est fait passer pour majeur, le contrat est nul, mais l'acheteur qui a cru traiter avec un majeur se croit propriétaire, il a un titre : tant qu'il en ignore le vice, il est de bonne foi. Voici encore un légataire qui entre en possession de l'immeuble légué ; il se

(1) Nous ne croyons pas devoir insister ici sur la question du titre putatif. Nous renvoyons sur ce point aux auteurs. V. notamment AUBRY ET RAU, t. II, § 206, p. 270 et suiv. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 615.

trouve que le legs est révoqué par un codicille qui reste longtemps ignoré : notre légataire, tant qu'il n'aura pas eu connaissance de ce codicille, est un possesseur de bonne foi. Voilà un non-propriétaire qui vend un immeuble ; sa fraude reste cachée : l'acheteur sera toujours de bonne foi, tant que le véritable propriétaire ne se fera pas connaître en intentant contre lui une revendication. Il est enfin un cas important à signaler, c'est celui de l'héritier apparent.

Eh bien ! l'acheteur dont le contrat est nul, le légataire révoqué, l'acquéreur *a non domino*, l'héritier apparent en possession de l'immeuble, se croyant légitimes propriétaires, se comportent comme tels, ils bâtissent. Quel sera le sort des constructions qu'ils auront élevées ?

182. — Tant que le propriétaire véritable n'agit pas, le possesseur de bonne foi, — comme d'ailleurs le possesseur de mauvaise foi, — a tous les droits d'un possesseur, c'est-à-dire qu'il a l'exercice même du droit de propriété : il a pour repousser les troubles dont sa possession pourrait être l'objet, les actions possessoires.

Au double point de vue de l'acquisition des fruits et de la prescription, il est traité par le législateur d'une façon beaucoup plus favorable que le possesseur de mauvaise foi : il fait les fruits siens et ne sera pas tenu de les rendre au propriétaire quand celui-ci l'évincera ; il arrivera rapidement à l'usucapion puisque dix à vingt ans lui suffiront alors qu'il en faudra trente au possesseur de mauvaise foi (1).

(1) Les caractères de la bonne foi au point de vue de l'acquisition des fruits et de l'indemnité pour constructions ne sont pas les mêmes qu'au point de vue de la prescription. Alors qu'en matière d'acquisition de fruits et de constructions, le titre n'est exigé que comme élément de la bonne foi — ce qui permet d'admettre le titre putatif, — en matière de prescription le titre est une des conditions essentielles, faute de laquelle le laps nécessaire pour acquérir est de trente ans. On peut donc signaler cette parti-

183. — Supposons l'action en revendication exercée : le propriétaire véritable a fourni les éléments de preuve nécessaires pour l'établissement de son droit, il triomphe. Comment se régleront alors les droits respectifs du propriétaire et du possesseur constructeur ?

On comprend fort bien que le législateur se soit montré moins sévère pour notre possesseur dont l'erreur est excusable, parfois même impossible à éviter (tel est le cas de l'héritier apparent, par exemple) que pour l'usurpateur. Cependant il fallait bien que la propriété fût toujours respectée. Il y a là une difficulté : comment notre Code s'en est-il tiré ?

La dernière phrase de l'article 555 résout la question en ces termes : « Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression des dits ouvrages, plantations ou constructions ; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur ».

On peut résumer en deux mots cette solution : le propriétaire doit conserver les constructions et indemniser le constructeur de bonne foi.

ularité : le possesseur de bonne foi quant à l'acquisition des fruits et quant à l'indemnité qui lui est due pour constructions, grâce à un titre putatif, est de mauvaise foi quant à la prescription.

Inversement, un possesseur peut être de bonne foi quant à la prescription et de mauvaise foi relativement à l'acquisition des fruits et aux constructions. Cela se présente lorsque, de bonne foi *ab initio*, le possesseur vient ensuite à connaître les vices de son titre. En vertu de la fiction de l'article 2269, il est toujours considéré comme de bonne foi quant à l'usucapion. Mais la fiction ne s'applique plus en ce qui concerne l'acquisition des fruits ou la détermination de l'indemnité qui peut lui être due à l'occasion des constructions qu'il a élevées : à cet égard, il est de mauvaise foi.

184. — On voit tout de suite combien la situation du possesseur de bonne foi est supérieure à celle du possesseur de mauvaise foi. Vis-à-vis de celui-ci le propriétaire pouvait exercer son droit de propriété dans toute sa rigueur ; il pouvait, à son gré, exiger la démolition ou conserver la construction ; même dans ce dernier cas il pouvait user de la menace de démolition pour amener le constructeur à accepter une indemnité inférieure à celle que fixe la loi. Vis-à-vis du possesseur de bonne foi, le propriétaire n'a plus la faculté d'exiger la démolition ; il est forcé d'accepter la construction et d'indemniser le constructeur.

On peut critiquer cette disposition. N'est-ce pas une atteinte au droit de propriété, a-t-on dit, que d'imposer ainsi à un propriétaire des constructions qui peuvent ne pas lui convenir et de le forcer par suite au paiement d'une indemnité qui peut être fort considérable ?

Mais il faut reconnaître que la critique est exagérée. La loi, selon nous, a eu parfaitement raison de ne pas admettre ici le droit de démolition, droit extrêmement rigoureux. La démolition cause un préjudice énorme au constructeur ; elle est mauvaise au point de vue économique comme au point de vue de l'intérêt public. Qu'on l'admette comme un châtiment contre l'usurpateur, contre le possesseur de mauvaise foi, on le comprend. Mais la situation particulièrement favorable du possesseur de bonne foi devait la faire repousser en notre cas.

185. — Le droit romain, sous l'influence du préteur avait déjà atténué en pareil cas le droit trop rigoureux du propriétaire : on connaît pourtant le souci constant des juriconsultes romains de ne porter aucune atteinte à la propriété, à ce *dominium* en quelque sorte sacré (1). Il était impossible

(1) V. *supra* nos 18 et s.

à notre législateur de 1803 de se montrer plus sévère que le droit romain. Quoique la rédaction de l'article 555 nous montre les hésitations dont cette question a été l'objet, l'équité a triomphé de la rigueur du droit.

Nous avons vu, en effet, que le droit strict de propriété, exercé dans toute sa rigueur, conduisait à conférer dans tous les cas au propriétaire le droit de démolition. Mais si, vis-à-vis de l'usurpateur, on devait assurer au propriétaire le maximum de son droit, si je puis m'exprimer ainsi, ce droit ne devait-il pas céder un peu devant la bonne foi ? A l'égard d'un individu qui, sciemment, construit sur le terrain d'autrui, oh ! toute pitié est inutile : celui-là sait à quoi il s'expose. Mais en présence d'un tiers qui se croit légitimement propriétaire, qui pour l'affermir dans cette croyance a un titre, qui a toujours agi ainsi que sa conscience et son droit — il le pensait du moins — le lui permettaient, pouvait-on se montrer aussi rigoureux ? Non. La section de législation du Tribunat l'a fait observer avec infiniment de raison. On a, en quelque sorte, cherché à léser le moins possible le droit du propriétaire, tout en s'efforçant d'éviter au constructeur une perte trop considérable. On a offert au propriétaire pour la fixation de l'indemnité le choix entre deux valeurs, de façon à lui permettre de payer le moins possible. Mais on a délivré le constructeur de la terrible menace de destruction et on lui a assuré une indemnité équitable.

L'une des raisons qui ont conduit le Tribunat à refuser au propriétaire le droit de démolition a été aussi, si nous nous reportons aux travaux préparatoires, la crainte que le propriétaire n'abuse de la situation trop favorable que lui aurait donnée la loi. Le propriétaire, a dit Grenier, aurait pu abuser de la nécessité où se trouvait le possesseur d'enlever les constructions pour s'enrichir à ses dépens : celui-ci aurait été

contraint, ou de supprimer ses ouvrages en pure perte, ou de les céder à un prix très modique (1). La même raison n'existe pas avec la même force à l'égard du possesseur de mauvaise foi ; il ne peut être admis à invoquer l'équité, et la possibilité à son égard des menaces du propriétaire est un juste châtiement de sa mauvaise foi (2).

186. — Quel sera le montant de l'indemnité ?

Le propriétaire, nous le disions, a un choix à exercer : il peut, suivant ce qui lui sera le plus avantageux, payer au constructeur l'impense ou la plus-value.

C'est là une solution parfaitement équitable que nous aimerions voir appliquer au possesseur de mauvaise foi. Sur quel principe en effet, repose l'obligation à l'indemnité que nous avons reconnu incomber au propriétaire qui conserve les travaux ? Sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, il suffit, pour se convaincre de l'exactitude de la solution donnée, de faire l'application de ce principe dans les trois cas qui peuvent se présenter : l'impense est inférieure à la plus-value, l'impense est supérieure à la plus-value, l'impense est égale à la plus-value.

L'impense est-elle inférieure à la plus-value : les dépens d'autrui qui ne peuvent légitimement profiter au propriétaire consistent justement en l'impense. De quoi pourra se plaindre le constructeur lorsqu'il aura été intégralement remboursé de tout ce qu'il a dépensé ?

L'impense est-elle supérieure à la plus-value, ainsi que cela se présente de beaucoup le plus fréquemment : mais de quoi s'enrichit le propriétaire qui garde les constructions ? De la plus-value. Sur quel principe pourrait se fonder le constructeur pour réclamer davantage ?

(1) GRENIER, Discours n° 15 (LOCRE, t. IV, p. 99).

(2) V. LAURENT, t. VI, n° 262.

Si, par extraordinaire, l'impense est égale à la plus-value, la question ne se pose plus, ou plutôt elle est résolue à la fois dans les deux hypothèses précédentes. Il se trouve qu'en fait le propriétaire n'a plus de choix à exercer.

187. — Le propriétaire a une option à exercer : cette option donne au maître du sol qui se trouve en présence d'un possesseur de bonne foi une situation plus avantageuse que s'il était en présence d'un possesseur de mauvaise foi, en apparence du moins, nous l'avons vu. Le *prædo* a droit, si le propriétaire conserve le bâtiment à la totalité de ses déboursés : le possesseur de bonne foi ne recevra le plus souvent que la plus-value, généralement sensiblement inférieure à l'impense. Nous avons déjà relevé cette *inelegantia juris* (1). Mais nous avons vu aussi que le droit de démolition permet au propriétaire d'amener le constructeur de mauvaise foi à restreindre ses prétentions ; au contraire, le possesseur de bonne foi peut forcer le propriétaire à lui payer intégralement l'indemnité fixée par la loi. Il fallait, par respect pour le droit de propriété lui-même, que l'obligation du propriétaire fût allégée dans la plus large mesure compatible avec l'équité.

188. — Cependant l'obligation de conserver les constructions moyennant indemnité peut devenir fort onéreuse pour un propriétaire peu fortuné. Un homme pauvre n'avait qu'un terrain de peu de valeur : un possesseur de bonne foi y construisait une maison considérable. Voilà une plus-value de plusieurs milliers de francs. Comment le propriétaire, ayant revendiqué son terrain avec succès, pourra-t-il payer cette somme ? Il y a là une question de fait, beaucoup plus qu'une question de droit. On est en présence d'un débiteur insolva-

(1) V. *supra* n° 174.

ble. Le constructeur pourra donc, après avoir obtenu jugement contre le propriétaire, saisir l'immeuble et le faire vendre.

Ce résultat a paru regrettable à certains auteurs qui ont cherché à éviter une solution qui semble contraire au respect dû à la propriété. On s'est demandé si l'on ne pourrait appliquer à ce propriétaire pauvre les dispositions édictées en sa faveur par la loi 38, *de rei vindicatione*, Dig., si l'on ne pourrait laisser au juge français en pareil cas le large pouvoir d'appréciation que la loi romaine accordait au *judex*. Un tribunal, par exemple, ne peut-il, en présence d'un propriétaire pauvre, décider que l'indemnité consistera en une rente calculée d'après l'intérêt de la plus-value ou de l'impense et constituée au profit du constructeur avec hypothèque sur le fonds ? Pothier l'admettait, et quelques auteurs suivent encore sa doctrine (1).

Nous ne croyons pas cette solution admissible dans notre droit moderne. Le juge français ne saurait, comme le faisait le prêteur romain suppléer ou même créer la loi si elle lui paraît insuffisante ou mauvaise. Il ne peut que l'appliquer. Sans doute, dans son silence, il peut s'inspirer des principes de l'équité ; mais ici nous avons un texte absolument clair, absolument précis : l'indemnité consiste soit dans la plus-value soit dans l'impense. La loi est évidemment impérative pour le juge : nous avons un texte, nous devons nous y tenir (2).

Nous reconnaitrons toutefois au juge le pouvoir que lui confère d'une façon générale l'article 1244, al. 2, d'accorder

(1) POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété*, n° 347. — MARCADÉ, t. II, art. 555, IV.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1290. — DEMANTE, *c. an.*, t. II, n° 392 bis VI. — VIGIÉ, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I^{er}, n° 951.

au débiteur des délais : nous lui rappellerons cependant que, ainsi que le lui recommande le texte, il ne doit user de ce pouvoir qu'avec une grande réserve.

189. — Comment se calcule la plus-value ? Que faut-il entendre par là ? Quelles bases faut-il prendre pour la calculer ? Autant de questions fort importantes dans la pratique et pour la solution desquelles quelques principes ne sont pas inutiles.

La plus-value, qu'est-ce ? L'article 555 nous en donne une définition : « une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur ». La plus-value, son nom l'indique d'ailleurs, c'est l'augmentation de valeur résultant pour le fonds de l'édification de la construction. La plus-value, c'est la différence entre deux valeurs : la valeur de l'immeuble avant la construction et sa valeur actuelle. C'est ce qui résulte, selon nous, d'une façon absolument évidente des termes mêmes dont s'est servi le législateur (1).

190. — Cependant quelques auteurs, admettant aujourd'hui encore l'ancien système romain, pensent qu'en cette matière le juge a le plus large pouvoir d'appréciation. Son rôle ne se borne pas uniquement à constater le chiffre de la plus-value : il détermine lui-même l'indemnité que le propriétaire a à payer, et, pour cette évaluation, il considère, non seulement la valeur même, mais aussi l'utilité que présente la construction pour le propriétaire, voire même les ressources de celui-ci (2).

Pothier enseigne aussi, s'appuyant sur le même texte, que la valeur réelle pourra n'être pas prise en considération si le propriétaire n'en retire aucun profit. Pour lui, la règle que l'indemnité consiste dans l'augmentation de la valeur vénale

(1) LAURENT, t. VI, n^{os} 264-266.

(2) Cprz l. 38, DIG., *de rei vind.*, VI, I.

de l'immeuble, dans la plus-value qui serait réalisable en argent si l'immeuble était aliéné, cette règle est une règle purement pratique, adoptée le plus souvent par les tribunaux comme exempte d'arbitraire et facile à appliquer ; mais elle n'a rien d'impératif (1).

C'est l'opinion que soutiennent, même sous l'empire du Code, MM. Demolombe et Demante. « L'estimation des améliorations, dit le premier de ces auteurs, est laissée à la prudence du juge qui doit la déterminer d'après les circonstances. » (2)

191. — Cette opinion est, à notre avis, inadmissible.

Elle était excellente pour les jurisconsultes romains et pour Pothier : ils n'avaient aucun texte qui les liât. Le préteur romain avait un pouvoir qui dépasse de beaucoup celui de nos tribunaux : il pouvait poser des règles là où la loi n'en avait pas posées ; il pouvait étendre les règles déjà posées par la loi aux cas qu'elle n'avait pas prévus. Si en quelques circonstances, quand la loi est muette, nos juges modernes peuvent recourir à l'équité ou à l'analogie, ils doivent au contraire chaque fois que la loi a prononcé, l'appliquer fidèlement et rigoureusement.

Or le Code, ici, a donné une définition de la plus-value, il a déterminé exactement les bases de son calcul, il a édicté comme règle générale et impérative une règle que les tribunaux avaient auparavant admise dans la pratique pour la plupart des cas. Les tribunaux doivent s'en tenir au texte et condamner toujours le propriétaire à payer la plus-value intégrale au possesseur de bonne foi évincé. En vain ce propriétaire viendra-t-il se plaindre de ce que les constructions

(1) POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété*, n° 348.

(2) DEMOLOMBE, t. IX, n° 681. — DEMANTE, *C. an.*, t. II, n° 392 bis XII. — V° aussi NOUVEAU DENIZART, V° *Améliorations*, § 4, n° 1 ; — DALLOZ, *Rép. met.*, V° *Propriété*, n° 431.

qu'il lui faut garder ne lui sont d'aucune utilité, à lui personnellement, bien qu'augmentant d'ailleurs la valeur vénale d'un immeuble qu'il n'a aucune envie de vendre ; en vain allèguera-t-il qu'étant donnée l'exiguité de ses ressources il lui sera extrêmement pénible de se libérer de sa dette vis-à-vis du constructeur : ce sont là des cas de pur fait, regrettables parfois, mais qui ne peuvent rien contre le droit et qui ne sauraient modifier un texte très net, très précis, posant d'ailleurs une règle fort bonne pour la plupart des hypothèses.

192. — Les partisans du système de M. Demolombe invoquent deux arrêts comme donnant gain de cause à leur opinion. Si on les examine sans parti pris, on reconnaît que ces deux décisions ne tranchent pas le différend.

Le premier en date (1) dit que la plus-value doit être fixée par experts. Nous ne voyons rien là qui combatte notre manière de voir. L'expertise, en effet, sera fort souvent le meilleur moyen de déterminer la plus-value de l'immeuble ; les experts seront amenés à comparer la valeur vénale de l'immeuble avant les constructions à sa valeur actuelle. Ce sont ces deux valeurs surtout que l'expertise a pour but d'établir : de leur comparaison résulte mathématiquement le chiffre de la plus-value.

Le second monument de la jurisprudence, très connu en la matière, est un arrêt de la Cour suprême (2). Cet arrêt parle de la valeur *intrinsèque et utile* ajoutée à l'immeuble par les constructions. Eh bien ! mais qu'est-ce autre chose que la valeur vénale ? celle-ci n'est-elle pas *intrinsèque*, puisqu'elle réside dans le fonds lui-même ? n'est-elle pas *utile* puisqu'elle permet au propriétaire s'il aliène son immeuble d'en retirer un prix plus élevé ?

(1) Paris, 1^{er} mars 1808. — DALLOZ, Rep. met., V^e *Prescription*, n^o 932.

(2) Cass., 26 juillet 1838, aff. Forbin-Janson, Sir. 1838, I, 781.

Les termes de l'arrêt s'expliquent si l'on examine l'espèce dans laquelle il a été rendu : c'est un cas très particulier, de nature à se présenter très rarement dans la pratique. Il s'agissait en effet de constructions élevées sur une propriété affectée de tout temps à un service public et qui n'était pas de nature à être mise dans le commerce. A l'égard de cet immeuble — la maison religieuse du Mont-Valérien, propriété de l'Etat, — on ne pouvait parler d'un prix de vente, d'une valeur vénale, puisque la vente en était impossible. D'où l'expression employée par la Cour, de valeur intrinsèque et utile. Cet arrêt ne porte donc pas plus que le premier atteinte au principe que nous avons admis comme seul conforme au texte de la loi.

193. — De sérieuses difficultés pratiques se présentent aussi en ce qui concerne les constructions qui ont augmenté de valeur en même temps que le reste de l'immeuble et par suite de circonstances étrangères à leur édification. Ainsi par exemple, la valeur de l'immeuble, sol et construction, a été augmentée par le fait du percement d'une rue ou par l'établissement d'une ligne de chemin de fer. Ou bien encore, autre exemple, les constructions dont il s'agit font partie d'une usine ou d'une manufacture dont les affaires ont prospéré.

En pareil cas dans la plus-value totale acquise à l'immeuble depuis la construction du bâtiment il faudra distinguer d'une part la plus-value due à la construction elle-même — c'est celle-là qui sera payée au constructeur, — et, d'autre part, la plus-value résultant du percement de la rue ou de la prospérité des affaires de l'usine, plus-value pour laquelle le constructeur ne pourra rien réclamer.

194. — Telles sont les règles que la doctrine peut et doit poser relativement à l'évaluation de la plus-value. Mais il est

évident que leur application est parfois délicate. Forcément il faut laisser aux tribunaux une assez grande latitude : cette latitude est due à ce qu'ils sont juges du fait. Mais les tribunaux ne doivent jamais perdre de vue le texte de la loi, ils doivent toujours s'efforcer de rester strictement dans ses termes.

195. — A quel moment faut-il se placer pour déterminer la plus-value due aux constructions ?

Au moment, répondons-nous sans hésiter, où le propriétaire rentre en possession de son fonds, et non à l'époque de la construction. L'indemnité en effet n'est due que parce que le propriétaire s'enrichit. Il faut donc, pour déterminer cette indemnité, se placer au moment où se produit l'enrichissement. Or le propriétaire ne s'enrichit que lorsqu'il reprend la possession de son immeuble, et il ne s'enrichit que de la plus value existant à ce moment.

Que si la plus-value donnée à l'immeuble est moindre à ce moment qu'elle ne l'était au moment de la construction, le propriétaire ne doit au constructeur que l'équivalent de ce qui en subsiste. Toute plus-value a-t-elle disparu, le propriétaire ne doit plus rien (1).

196. — Nous avons posé les règles qui permettent de déterminer l'indemnité due par le propriétaire au constructeur lorsqu'il est possesseur de bonne foi. N'y aura-t-il pas lieu ici, comme lorsque le propriétaire est en présence d'un constructeur de mauvaise foi, à une sorte de compte entre le maître du sol et le constructeur ? Le propriétaire aura-t-il toujours à verser l'indemnité tout entière ? Ou bien ne se produira-t-il pas une compensation, dans une certaine mesure tout au moins, en-

(1) POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété* n° 346. — BAUDRY-LACANTINERIE, t. 1^{er}, n° 1289. — DALLOZ, *Rép. mét.*, V° *Propriété*, n° 434. — MICOLESCO, p. 151.

Cass., 13 février 1844, Sir., 1844, I, 217.

tre le montant de cette indemnité et les fruits perçus par le possesseur de bonne foi? Le possesseur de bonne foi, en principe, gagne les fruits : mais les gardera-t-il intégralement en même temps qu'il touchera l'indemnité égale à la plus-value procurée à l'immeuble par ses constructions? Ne faudra-t-il pas évaluer les fruits qu'il a perçus pendant sa jouissance et diminuer d'autant l'indemnité qu'aura à payer le propriétaire?

Trois solutions ont été données à cette question. La première est purement historique ; entre les deux autres l'hésitation ne peut être longue.

197. — I. — Papinien, en droit romain, admet la compensation des fruits avec l'indemnité, même lorsque le possesseur est de bonne foi (1). Tout bon administrateur, dit-on dans ce système, consacre une partie de ses revenus à l'amélioration de sa propriété : aucune indemnité ne lui est due de ce chef. En outre, le possesseur est payé des améliorations qu'il a faites par les fruits et revenus de l'immeuble que la loi lui permet de garder. Si donc ce possesseur recevait encore l'indemnité intégralement, il serait payé deux fois.

Cette opinion s'expliquait parfaitement en droit romain : elle n'est plus admissible dans notre droit. On comprend fort bien les motifs de la loi romaine : les jurisconsultes de Rome n'accordaient pas au possesseur de bonne foi tous les fruits perçus pendant sa possession, mais seulement ceux qu'il avait consommés ; ceux qu'il avait encore en nature à la fin de sa possession, les fruits *exstans*, il était tenu de les restituer au propriétaire. Dans l'esprit du jurisconsulte romain, les constructions, faites ou présumées faites avec les fruits et revenus du fonds, constituaient des fruits *exstans*. Et

(1) L. 43, Dig., *de rei vind.*, VI, 1.—V. aussi L. 37, Dig., *de hered. pet.*, V, 3.

c'est à ce titre que le possesseur en devait la restitution. Le propriétaire était redevable d'une indemnité au constructeur pour la plus-value donnée à son terrain, et le possesseur lui devait les fruits exstants : il y avait donc deux dettes réciproques, d'où tout naturellement une compensation.

Telle était encore, dans notre ancienne jurisprudence, la doctrine de Pothier (1). Nous ne trouvons plus cette solution admise sous l'empire de notre Code civil que par M. Troplong (2).

198. — II. — Mais déjà autrefois la solution contraire était enseignée par Rousseau de la Combe (3).

En droit français, en effet, l'ancienne distinction entre les fruits consommés et les fruits exstants a disparu. L'article 549 pose une règle très simple, très nette, ne laissant place à aucune distinction : « Le possesseur fait les fruits siens dans le cas où il possède de bonne foi ». En présence d'un texte aussi clair, on ne peut pas soumettre ce possesseur à une imputation des fruits sur les sommes à lui dues pour impenses ou plus-value : ce serait lui imposer une véritable restitution, ce serait violer d'une façon flagrante un texte parfaitement clair. Plusieurs textes témoignent d'ailleurs de la volonté de la loi de repousser dans ces circonstances toute imputation de ce genre (4).

Lorsque le possesseur de bonne foi perçoit les fruits, ceux-ci entrent définitivement dans son patrimoine. Comment dès lors parler d'une compensation ? Une compensation suppose nécessairement deux dettes nées entre deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre (5). Ici,

(1) POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété*, n° 343 et 349.

(2) TROPLONG, *Des Privilèges et Hypothèques*, t. III, n° 839.

(3) ROUSSEAU DE LA COMBE, *V° Impenses*, n° 2.

(4) Cprz art. 856 et 861, 1378 et 1381, 2174 et 2176 Civ.

(5) Art. 1289 et 1290 Civ.

par suite de la disposition de l'article 549, le possesseur ne doit rien : il n'y a donc qu'un seul débiteur, le propriétaire du fonds ; une seule chose due, la plus-value ou l'impense. Il ne peut donc être question de compensation.

199. — Autre argument, très juste aussi, en faveur de cette seconde opinion. On fait remarquer avec raison que notre droit français a, relativement aux fruits et revenus, une théorie tout autre que le droit romain. Celui-ci présumait que les fruits avaient été employés à construire. Le droit français ne considère pas les constructions comme élevées au moyen de revenus ou de produits périodiques : il suppose toujours que les fruits servent aux besoins personnels, aux dépenses ordinaires de ménage et d'administration. Les fruits ne sont pas restitués par le possesseur de bonne foi parce qu'il est à présumer que le possesseur les a dépensés au fur et à mesure qu'il les a perçus : la loi ne veut pas le forcer à entamer son capital pour restituer ce qui a été dépensé au jour le jour, *lautius vivendo*. Cette présomption existe lorsque le possesseur a fait des travaux qui, n'étant pas considérés comme une charge des fruits, doivent dès lors être réputés avoir été payés par lui avec ses capitaux. Ainsi, si l'hôtel que le possesseur de bonne foi a construit lui a coûté 200.000 francs et que les produits annuels soient de 10 ou 12.000 francs, il est bien évident qu'il n'a pas payé la construction avec les fruits d'une année.

200. — C'est la solution que nous admettons. C'est aussi celle que nous trouvons admise et fort bien présentée dans un arrêt de la Cour de Pau. Nous croyons utile de reproduire quelques considérants de cette importante décision :

« Attendu que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens ; que l'obliger à compenser avec ces fruits les améliorations qu'il a faites à l'immeuble et dont, aux termes de l'ar-

ticle 555 du même Code, le propriétaire qui l'évince lui doit compte, serait l'assujettir d'une manière détournée à une restitution dont sa bonne foi l'affranchit ; que la circonstance que les fruits au lieu d'être dépensés ou capitalisés, selon le droit incontesté du possesseur de bonne foi, auraient été réellement employés en améliorations, serait indifférente ; qu'on ne saurait même en ce cas priver ce possesseur du droit de réclamer la valeur de ces améliorations sans porter atteinte au droit de propriété des fruits que consacre d'une part l'article 549 et au droit de répétition que consacre d'autre part l'article 555 ; mais qu'au surplus rien dans le procès-verbal ne constate que les fruits perçus durant la période où le possesseur a été de bonne foi aient reçu un emploi qui les ait, d'une manière quelconque, incorporés à l'immeuble ; qu'il y a donc lieu de repousser la compensation et de rechercher quelle est l'indemnité due aux héritiers Caralas pour améliorations ;..... » (1)

C'est aussi l'opinion de la meilleure partie de la doctrine (2).

201. — III. — La troisième solution, que nous ne citons qu'à cause du nom même de son auteur, est due à Marcadé (3). C'est en quelque sorte un système intermédiaire. Tout en admettant que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens et qu'il ne peut être question de compensation entre lui et le propriétaire, il tend à revenir à la distinction romaine en réduisant sa portée.

(1) Pau, Ch. réunies, 29 juillet 1868, *Dall.*, 1868, II, 239, et *Sir.*, 1869, II, 68.

(2) AUBRY ET RAU, t. II, § 204, texte et note 15, p. 261 et 262. — BAUDRY-LACANTINERIE, t. I^{er}, n° 1290. — CHAVOT, *De la propriété mobilière*, n° 511. — DELVINCOURT, t. II, p. 3, note 5. — DEMANTE, *c. an.*, t. II, 392 bis, V. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 680. — DURANTON, t. IV, n° 377. — MASSÉ ET VERGÉ SUR ZACHARLÉ, t. II, p. 110. — TAULIER, t. II, p. 275. — MICOLESKO, p. 153-155.

(3) MARCADÉ, t. II, art. 555, III.

Il faut, d'après cette opinion, rechercher l'emploi que le possesseur a réellement fait des fruits et revenus. S'il les a effectivement dépensés pour ses besoins journaliers, s'il en a profité pour vivre plus largement, ou si, d'une façon plus générale, il se les est appropriés, ces fruits sont entrés dans son patrimoine irrévocablement ; ils n'existent plus en nature, on ne peut plus venir les lui réclamer ; le propriétaire ne peut en aucune façon en obtenir la restitution, fût-ce sous forme d'une compensation. Si au contraire, en fait, il est établi que le possesseur n'a pas dépensé ces fruits ; si, sans plus faire de dépenses que s'il ne les avait pas recueillis, il s'en est servi pour construire, les ouvrages sont vraiment la représentation des fruits ; il serait injuste que le propriétaire du fonds payât deux fois les constructions au possesseur, une première fois en lui laissant les fruits de son immeuble, et une seconde en lui donnant une somme d'argent à titre d'indemnité (1).

202. — Nous avons vu que l'arrêt de Pau a rejeté cette solution. Elle est absolument inadmissible, en droit comme en raison.

En droit, nous avons un texte, l'article 549, qui ne comporte aucune distinction dans son application. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens : ce qu'il fait avec les fruits, il le fait avec son argent. Pourquoi essayer de faire revivre une ancienne théorie romaine que notre loi a eu soin d'écarter ?

En raison, cette preuve de l'emploi des fruits serait pleine d'inconvénients : ce serait une source de procès fort longs, cela amènerait des recherches vexatoires dans le patrimoine et dans les habitudes personnelles du possesseur ; cette

(1) Cprz, DEMANTE, t. II, n° 932 *bis*, V. — MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARÆ, t. II, p. 110.

preuve serait extrêmement difficile à administrer. En outre la solution de Marcadé porterait véritablement une peine contre l'économie : celui qui dépense ses revenus et au delà ne serait exposé à aucune restitution ; à celui qui économise, qui avec les fruits de l'immeuble bâti, augmente son capital, on prendrait ses économies. A tous égards, la solution est mauvaise.

SECTION III. — Du droit de rétention.

202. — Une question fort importante, très discutée en doctrine comme en jurisprudence, est l'éternelle question du droit de rétention, qui vient se poser ici, en matière de constructions sur le terrain d'autrui.

Le propriétaire qui conserve les constructions peut-il prétendre rentrer immédiatement en possession de son immeuble, ou bien le possesseur a-t-il le droit de retenir le fonds et d'en refuser la restitution jusqu'à parfait paiement de l'indemnité qui lui est due ? En d'autres termes — et cette manière de poser la question en facilite la solution — la créance d'indemnité du constructeur est-elle garantie par un droit de rétention ?

203. — A cette question les auteurs et les arrêts répondent de façons fort différentes. Pour négliger les systèmes secondaires, il nous faut distinguer trois théories générales :

1° Le possesseur a, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi, un droit de rétention ;

2° Le possesseur de bonne foi seul a le droit de rétention, il faut le refuser au possesseur de mauvaise foi ;

3° Le possesseur n'a pas de droit de rétention.

Ce sont ces trois systèmes qu'il nous faut rapidement exposer et discuter.

§ 1. — **Premier système : le possesseur a un droit de rétention.**

204. — Ce système a pour lui la tradition, ce qui est un appoint considérable en sa faveur, étant donné que notre Code ne renferme aucun texte ayant trait à la théorie du droit de rétention. Dans notre ancienne jurisprudence, en effet, on admettait généralement que le tiers possesseur avait le droit de retenir l'immeuble jusqu'à ce que le propriétaire lui eût remboursé intégralement le montant de l'indemnité qui lui était due.

Nous trouvons déjà le principe même de ce droit de rétention dans le droit romain. Le propriétaire, nous l'avons vu, ne pouvait, lors de son action en revendication, éviter l'exception de dol qu'en payant l'indemnité, et, tant qu'il n'avait pas payé, il ne pouvait triompher de l'exception (1).

Le droit de rétention était consacré en faveur du possesseur par l'article 97 de l'ordonnance de Villers-Cotteret de 1539, par l'article 52 de l'ordonnance de Moulins de 1566 et enfin par l'article 9 du titre XXVII de l'ordonnance de 1667. Mais afin d'éviter que le possesseur ne cherchât à retarder outre mesure la restitution de l'immeuble en faisant traîner en longueur la liquidation de l'indemnité, ces textes soumettaient le droit de rétention à un délai : l'ordonnance de Moulins voulait que le possesseur procédât à la liquidation dans le délai de un mois ; l'ordonnance de 1667 ne fixait plus elle-même ce délai, elle laissait ce soin au juge ; c'était à celui-ci

(1) V. *supra* n° 28. — INST. JUST., *de divis. rerum*, II, 1, § 30.

à impartir au possesseur un délai, passé lequel le propriétaire pouvait être mis en possession de son héritage, s'il donnait caution de payer les indemnités lorsqu'elles auraient été liquidées.

Nos anciens auteurs admettent également le droit de rétention au profit du possesseur ; ils enseignent qu'il ne peut être forcé de délaisser l'héritage tant qu'au préalable le propriétaire ne lui a pas payé le montant de son indemnité (1).

205. — Cette théorie aujourd'hui encore compte un certain nombre de partisans dans la doctrine, et la jurisprudence présente quelques arrêts l'admettant.

Le Code civil, dit-on, ne contient pas de théorie générale du droit de rétention ; à peine en indique-t-il quelques applications. C'est au commentateur à construire lui-même, en analysant ces quelques cas et en en tirant la règle commune, une théorie d'ensemble, théorie qui permet d'appliquer à bien d'autres cas le droit de rétention. Il faut étendre le droit de rétention à toutes les hypothèses qui réunissent les conditions sur lesquelles repose le principe même de ce droit. Le principe du droit de rétention, ajoute-t-on, dérive de l'identité, de l'égalité de position dans laquelle se trouvent l'une vis-à-vis de l'autre, deux parties réciproquement obligées à l'occasion d'une même chose ; de telle sorte que l'une des parties ne puisse réclamer l'exécution de l'obligation que l'autre a contractée envers elle qu'autant qu'elle offre de son côté de remplir l'obligation corrélatrice qu'elle aussi a contractée envers l'autre.

Ainsi, dit-on, tel est bien le cas dont nous nous occupons. Le possesseur détient la chose du propriétaire, d'où naît pour le premier l'obligation de restituer. De son côté, le proprié-

(1) LOYSEAU, *du Déguerpissement*, liv. VI, ch. VIII. — POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété*, nos 344, 345 et 357.

taire qui veut conserver les constructions ou qui les conserve de plein droit, doit une indemnité au possesseur à propos de cette même chose. Le propriétaire ne pourra donc exiger la restitution du fonds qu'en offrant à son tour d'exécuter son obligation, c'est-à-dire de payer l'indemnité. Le possesseur a un droit de rétention, il peut refuser de restituer l'immeuble tant que le propriétaire ne lui aura pas payé la plus-value ou l'impense.

206. — Et, ajoute-t-on, ce serait une décision trop dure, ce serait même une solution bien dangereuse dans nombre de cas pour le possesseur, que de le forcer toujours, quelles que soient les circonstances de la cause, à restituer au propriétaire l'immeuble, alors que ce propriétaire n'a encore rien payé de l'indemnité qu'il doit, alors que ce propriétaire est insolvable et qu'il n'aura rien de plus pressé, aussitôt rentré en possession, que de vendre l'immeuble avec les constructions qu'il porte, afin de le soustraire au droit de gage de ses créanciers : de telle sorte que le droit du possesseur se trouvera réduit à un simple droit de créance, sans valeur en présence d'un débiteur insolvable (1).

§ 2. — **Deuxième système : Le possesseur de bonne foi seul a le droit de rétention ; le possesseur de mauvaise foi ne l'a pas.**

207. — C'est l'opinion qu'admettent un nombre considérable d'auteurs modernes et c'est celle à laquelle se rangent l'immense majorité des arrêts.

(1) DEMANTE, c. an., t. II, n° 392 bis, VII.— MARCADÉ, t. II, art. 555, V.— VIGIÉ, *Cours élémentaire de dr. civ.*, t. I^{er}, n° 948.— ZACHARLE, t. I^{er}, p. 370.

Liège, 20 juillet 1880, Dall., 1881, II, 41.

V. aussi DEMOLOMBE, t. IX, n° 682.

En faveur de ce deuxième système, on invoque généralement les arguments que nous avons développés pour le premier système : le Code civil ne contient pas de théorie générale du droit de rétention, mais des cas qu'il a spécialement prévus il est facile de dégager la pensée de ses rédacteurs et de construire une théorie parfaitement conforme à l'esprit de notre législation. — Mais ajoutent alors les partisans de ce second système, il est aussi conforme à l'esprit de notre Code de ne pas favoriser le possesseur de mauvaise foi en lui accordant un droit de rétention : ce droit ne peut être accordé qu'au possesseur de bonne foi.

208. — Il est à remarquer que les nombreux arrêts qui ont admis ce système ne contiennent dans leurs motifs aucun argument qui vienne appuyer leur décision. Ils proclament comme règle admise et indiscutée que le droit de rétention appartient au possesseur de bonne foi et qu'il ne saurait être accordé au possesseur de mauvaise foi, sans indiquer sur quels textes ou sur quels principes peut s'étayer cette solution (1).

(1) BATTUR, *des Priv. et Hypoth.*, t. I^{er}, ch. 1^{er}, p. 5. — CAPPEAU, *Législ. rurale*, t. I^{er}, p. 537. — COULON, *Questions de droit*, t. II, p. 159. — DEVILLENEUVE, *Sir.*, 1841, II, 453, note 1. — DURANTON, t. IV, n° 382. — GRENIER, *des Hypoth.*, p. 35. — LESENNE, *de la Propriété*, n° 464. — MERLIN, *Répertoire*, V^o *Privilège*, p. 32 (art. de M. Tarrible). — PROUDHON, *du Domaine de Propriété*, t. II, n° 569. — TAULIER, t. II, p. 275. — TOULIER, t. III, n° 130, et t. XIV, n° 327. — TROPLONG, *des Priv. et Hypoth.*, t. I^{er}, n°s 260 et s.

Paris, 1^{er} mars 1808, *Sir. C. A.*, 11, 289. — Rouen, 11 août 1820, *Sir. C. A.*, 11, 453. — Pau, 9 août 1837, *DALLOZ met.*, V^o *Minorité*, n° 509-3. — Rennes, 8 février 1841, *Sir.*, 1841, II, 453. — Montpellier, 25 novembre 1852, *Sir.*, 1853, II, 191. — Bastia, 9 juillet 1856, *Sir.*, 1856, II, 404. — Rouen, 18 décembre 1856, *Sir.*, 1857, II, 558. — Trib. Rennes, 23 octobre 1857, *Sir.*, 1859, II, 170. — Grenoble, 10 juillet 1860, *Sir.*, 1861, II, 21. — Arlon, 25 novembre 1868, *Jur. trib. de 1^{re} instance C. B.*, XVIII, 297. — Cass., 22 décembre 1873, *Sir.*, 1874, I, 72.

§ 3. — **Troisième système : Le possesseur n'a pas de droit de rétention.**

209. — Bien que ce troisième système compte moins de partisans dans la doctrine, bien que très rares soient les arrêts qui lui sont favorables, c'est celui que nous soutiendrons, car il nous paraît seul conforme à l'esprit comme au texte de notre Code.

C'est un principe, en effet, dans notre droit français, que nulle cause de préférence ne peut exister entre les créanciers d'un même débiteur qu'en vertu d'un texte qui l'admette. L'article 2093 porte en effet : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Voilà le principe nettement posé. L'article 2094 ajoute immédiatement, complétant la pensée du législateur : « Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques. » Si donc un créancier n'est ni privilégié ni hypothécaire, il vient en concours avec les autres créanciers et au marc le franc.

Si le possesseur, à qui aucun texte ne confère ni privilège ni hypothèque pour le paiement de l'indemnité qui lui est due, doit concourir pour cette indemnité avec tous les autres créanciers de son débiteur, il ne doit exister en sa faveur aucune cause de préférence. L'égalité est la règle : ici rien ne permet de déroger à cette règle, rien ne permet de rompre cette égalité. Il faut donc la maintenir énergiquement et ne pas permettre au possesseur, créancier d'une indemnité du chef de ses constructions, de la rompre à son profit en retenant l'immeuble jusqu'à parfait paiement.

210. — Bien que le droit de rétention ne soit pas compris

dans l'énumération que le Code fait des privilèges, il faut reconnaître que c'est incontestablement un droit de préférence. Or, accorder au possesseur le droit de retenir l'immeuble, ce serait lui donner une cause de préférence sur les autres créanciers, ce serait lui attribuer un droit que les articles 2093 et 2094 du Code civil ne donnent qu'aux seuls créanciers privilégiés et hypothécaires.

Chaque fois que le législateur a cru devoir attribuer à un créancier cette sûreté toute particulière du droit de rétention, il a eu soin de mentionner ce droit d'une façon formelle dans chaque espèce. Les articles 867, 1673, 1740, 1948 nous le montrent. Si dans chacun de ces textes le législateur a mentionné particulièrement le droit de rétention c'est qu'il ne l'accorde qu'exceptionnellement. Le droit de rétention est, — il faut bien poser ce principe, — une sûreté extraordinaire et exceptionnelle. Or, il est de règle que tout ce qui est exceptionnel doit être strictement interprété et ne peut être étendu. On ne peut donc, sans tomber dans l'arbitraire, attribuer au possesseur un semblable droit.

211. — En refusant ainsi tout droit de rétention au possesseur, nous sommes bien loin d'aller contre l'esprit de la loi. Chaque fois qu'elle accorde à un créancier un droit de rétention ou une cause de préférence quelconque, c'est que ce créancier se signale à la faveur du législateur par une situation particulièrement digne d'intérêt. Ici, en est-il de même ? Le possesseur n'est-il pas toujours en faute lorsqu'il détient l'immeuble d'autrui ? Et le possesseur de mauvaise foi mérite-t-il, lui, la moindre indulgence ?

En droit donc comme en raison, il faut refuser énergiquement le droit de rétention au possesseur de bonne comme de mauvaise foi (1).

(1) AUBRY ET RAU, t. III, § 256 bis, p. 118. — CABRYE, *du Droit de réten-*

212. — Signalons enfin un système que nous croyons devoir mentionner, en considération de l'autorité de l'un des auteurs qui l'ont soutenu, M. Demolombe. C'est un système mixte, un système bâtard, si j'ose m'exprimer ainsi, et surtout c'est un système arbitraire, ce qui n'étonne pas qui connaît l'esprit parfois quelque peu prétorien du célèbre jurisconsulte.

Après avoir remarquablement exposé toutes les raisons de nature à réfuter l'opinion qui admet le droit de rétention, après avoir reconnu que « le droit de rétention, considéré dans la personne du tiers possesseur, ne repose pas sur des motifs rigoureux et absolus, » M. Demolombe admet cependant que le possesseur est fondé à retenir l'immeuble jusqu'au paiement de l'indemnité. Mais en même temps, en raison justement de ce que le droit de rétention ne repose sur aucun motif juridique, il admet aussi que le juge pourra ordonner que le possesseur délaissera l'immeuble, même avant d'avoir reçu le paiement de son indemnité, que le juge pourra également accorder des délais au propriétaire : dans son jugement, il tiendra compte de toutes les circonstances de fait, de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, des sûretés plus ou moins grandes que le propriétaire pourra fournir en garantie du paiement de cette indemnité, etc. (1).

Nous croyons inutile de nous arrêter à réfuter ce système. C'est l'arbitraire le plus absolu.

213. — Ce que nous admettons, c'est la faculté pour le juge d'ordonner que le constructeur ne délaissera l'immeuble que

tion, n° 119. — LAURENT, t. XXIX, n° 284 et s. — MICOLESKO, p. 142-145 et 156-157.

Rennes, 3 juillet 1858 (motifs), Sir., 1859, 2, 170.

Cours de M. Paul LOMBARD, 3^e année, 1890-1891, 60^e cours.

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 682. — V. aussi DEMANTE, *c. an.*, t. II, n° 392 bis, VII. — PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. V, n° 2626 et 2627.

quand le propriétaire lui aura remboursé l'indemnité qui lui est due. Il n'y a pas là un droit de rétention au sens véritable du mot, un droit opposable aux tiers. C'est là simplement une mesure que le juge peut prendre en vertu des pouvoirs qui lui sont reconnus, de même qu'il peut accorder au propriétaire des délais pour le règlement de son indemnité (1).

SECTION IV. — **Portée de l'article 555 :**
à quels travaux il s'applique.

214. — Nous avons jusqu'ici étudié comment l'article 555 doit être appliqué au possesseur de bonne ou de mauvaise foi, dans le cas où ce texte est applicable. Mais il nous faut maintenant examiner la portée de cet article, c'est-à-dire rechercher à quels travaux il s'applique et de quels constructeurs le législateur a entendu régir les travaux.

Les explications que nécessite ce texte relativement à la nature des travaux exécutés sur l'immeuble, nous allons les présenter dans cette section. Les observations que notre article appelle relativement à la qualité des tiers possesseurs ou détenteurs par lesquels ces travaux auraient été faits, nous croyons préférable de les différer au moment où nous étudierons, par la suite, les droits et obligations qui compètent à chaque espèce de tiers détenteur.

215. — De la lecture de l'article 555, il semble bien résulter en ce qui concerne les travaux, que ce texte suppose deux choses :

1° Que les travaux dont il s'agit sont des constructions nouvelles, des ouvrages nouveaux créés par le tiers possesseur ;

(1) AUBRY ET RAU, t. III, § 256 *bis*, p. 119, et t. II, § 204, p. 261.

2° Que ces travaux sont susceptibles d'être enlevés, de telle sorte que le tiers constructeur puisse reprendre les matériaux qu'il a employés et remettre les lieux dans leur état primitif.

216. — L'ensemble des dispositions de l'article 555 indique clairement que ce texte s'applique principalement, sinon exclusivement, aux constructions nouvelles, aux travaux exécutés sur un sol nu, et non pas à des ouvrages se rattachant d'une façon plus ou moins intime à des édifices, à des bâtiments préexistants (1).

Un exemple qui vient immédiatement à l'esprit est le cas du possesseur qui, sur un sol nu, sur un terrain vague, édifie une maison ou une usine. Telle est certainement l'hypothèse la plus simple qui se présente, celle en vue de laquelle le texte a été évidemment écrit. En ce cas, pas de difficulté. Nous sommes en plein dans la sphère d'application de notre article. C'est sur cette hypothèse que nous avons jusqu'ici raisonné.

Mais où il y a difficulté, où il importe de bien marquer la limite de l'application de l'article 555, c'est quand notre possesseur à une maison préexistante ajoute un corps de logis, une aile ou un étage ; c'est quand d'un bâtiment servant de remise, de hangar ou d'atelier il fait une maison habitable. C'est alors qu'il importe de distinguer soigneusement entre les constructions et les impenses (au sens propre et restreint du mot), c'est alors qu'il faut déterminer les sphères d'application respectives des articles 555 et 1381.

217. — Nous avons vu qu'en matière de constructions, toute l'économie de l'article 555 repose sur une distinction fondamentale : le possesseur est-il de bonne ou de mauvaise foi ?

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 204, p. 262. — DEMANTE, *c. an.*, t. III, n° 392 bis II.

S'il est de mauvaise foi, le législateur le traite avec rigueur, puisqu'il peut être contraint à démolir ses constructions, et à payer des dommages-intérêts au propriétaire. Quand le possesseur est de bonne foi, le propriétaire, grâce à l'option qu'il peut exercer, est encore, somme toute, le maître de la situation.

En ce qui concerne les impenses, la règle est toute différente. Il suffit de nous reporter à l'article 1381 ; il dispose : « Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles, qui ont été faites pour la conservation de la chose ».

On voit immédiatement combien différent les deux théories des constructions et des impenses. Dans le dernier texte, nous voyons qu'il n'est plus fait aucune distinction entre la bonne et la mauvaise foi : les possesseurs ou détenteurs sont tous sur le pied de la plus parfaite égalité. Mais des termes mêmes de l'article résulte une autre distinction : c'est la division traditionnelle des impenses — elle nous vient du droit romain — en impenses nécessaires, utiles et voluptuaires. Les impenses nécessaires et certaines dépenses utiles sont remboursées intégralement au possesseur de mauvaise foi comme au possesseur de bonne foi. Nous verrons ce qu'on peut induire du silence de l'article et de la tradition en ce qui concerne celles des impenses utiles qui ne peuvent s'assimiler aux impenses nécessaires, et aussi en ce qui concerne les impenses voluptuaires : pour celles-ci il n'y a aucun doute, elles ne sont jamais remboursées, fût-ce au possesseur de bonne foi.

218. — Remarquons en passant la manière défectueuse dont a été rédigé cet article 1381. Il porte que celui auquel la chose est restituée doit tenir compte au possesseur « de tou-

tes les dépenses *nécessaires et utiles* faites pour la *conservation* de la chose ». Il semble bien qu'il y ait là une contradiction à parler de « dépenses utiles faites pour la conservation de la chose » : toute dépense faite pour la conservation de la chose est une dépense nécessaire, et une dépense simplement utile n'est pas faite en vue de la conservation de la chose. Mais ce mot *utile*, placé là par le législateur, indique évidemment que celui-ci a voulu que le possesseur fût indemnisé non seulement des impenses nécessaires *stricto sensu*, mais aussi de ces dépenses qui, sans être d'une nécessité absolue et urgente, présentent cependant un incontestable caractère d'utilité qui fait qu'aux yeux d'un homme intelligent et soucieux de ses intérêts elles sont véritablement nécessaires.

Ainsi, aux termes de l'article 1381, le propriétaire doit rembourser au possesseur les impenses nécessaires ou très utiles que celui-ci a faites sur son fonds. Bien loin de pouvoir exiger la démolition de ces ouvrages, il doit en payer intégralement le coût, fût-il même en présence d'un possesseur de mauvaise foi, en présence d'un usurpateur. Et, somme toute, ce n'est que justice. Ces dépenses que le possesseur a faites, le propriétaire eût dû les faire lui-même s'il avait été en possession de son immeuble, il serait donc bien mal fondé à se plaindre et à essayer d'en refuser le remboursement.

219. — Toutefois, signalons même en matière d'impenses une différence entre le tiers de mauvaise foi et le possesseur de bonne foi. Cette différence se présente en ce qui concerne les dépenses d'entretien. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens : comme les dépenses d'entretien sont une charge des fruits, il ne peut pas réclamer au propriétaire le montant de ces dépenses, bien que ce soient des dépenses nécessaires. Au contraire, le possesseur de mauvaise foi obligé,

lui, de restituer les fruits doit être indemnisé des dépenses d'entretien, impenses nécessaires qui servent à la conservation de la chose. L'indemnité due pour ces impenses par le propriétaire se paiera d'ailleurs par une compensation avec les fruits dus par le possesseur.

C'est ce que Pothier faisait déjà fort bien remarquer : « A l'égard du possesseur de mauvaise foi, dit-il, il couche les impenses d'entretien qu'il a faites, dans le chapitre de dépense du compte qu'il doit rendre des fruits qu'il a perçus, n'en étant tenu que *deductis impensis* (1) ».

220. — On peut se demander si le possesseur — de bonne ou de mauvaise foi, peu importe — aura droit au remboursement des impenses faites par lui pour cause de réparations nécessaires dans le cas où l'ouvrage réparé aurait péri au moment où le propriétaire reprend son immeuble. — C'est là une question toute particulière, sur laquelle notre Code est muet.

Si nous recherchons la tradition, nous y trouvons que le droit romain résolvait la question par une distinction. Le possesseur de bonne foi avait toujours droit au remboursement des impenses, même si la chose avait péri. Au possesseur de mauvaise foi, au contraire, le propriétaire ne devait qu'une indemnité proportionnelle aux améliorations qui subsistaient encore : « *Plane potest in eo differentia esse*, nous dit la loi romaine, *ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit....., prædo autem non aliter quam si res melior sit* (2) ».

Rien ne nous permet d'adopter cette solution trop arbitraire. En l'absence de texte, nous ne pouvons résoudre la diffi-

(1) POTHIER, *Traité du Domaine de Propriété*, n° 344. — LAROMBIÈRE, *Théorie et Pratique des Obligations*, t. VII, art. 1381, IV.

(2) L. 38, DIG., de *hered. petit.*, V, 3.

culté qu'en nous aidant de l'analogie et des principes de l'équité.

En ce qui concerne les arguments d'analogie, on a voulu comparer les rapports juridiques du possesseur constructeur avec le propriétaire à ceux qui naissent d'un quasi-contrat de gestion d'affaires entre le gérant et le maître. En général, pour apprécier si un acte de gestion a été utile, a-t-on dit, il faut se placer à l'époque où il a eu lieu ; si à ce moment la gestion a été sage, si, par exemple, la réparation était nécessaire, le maître de la chose se trouve dès ce moment, immédiatement obligé *quatenus propriæ pecuniæ pepercit*. Si, par la suite, un cas fortuit vient à faire périr l'ouvrage réparé, cette perte ne peut en aucune façon avoir pour conséquence de libérer le maître envers le gérant de l'affaire ; il lui doit toujours intégralement le montant des avances que ce gérant a dû faire. C'est ce qui est généralement admis et enseigné en ce qui concerne les actes du tuteur sur les biens du mineur, les actes du mari sur ceux de sa femme, et d'une façon plus générale, pour tous les actes d'un mandataire, d'un administrateur ou d'un gérant d'affaires.

Mais ici, y a-t-il gestion d'affaire ou quelque chose d'analogue ? Si parfois on peut raisonner par analogie des rapports du maître et du gérant à ceux du propriétaire et du possesseur, il faut bien remarquer que ce ne peut être que par une analogie plus ou moins éloignée, par une comparaison plus ou moins exacte. Ainsi que le dit un adage plein de justesse, comparaison n'est pas raison. Dans le cas qui nous occupe, nous croyons impossible d'assimiler le possesseur à un gérant d'affaires. L'un des caractères essentiels du quasi-contrat de gestion d'affaire est l'intention chez le gérant de faire l'affaire d'autrui. Or ici, ce n'est pas pour le propriétaire que le possesseur a fait des réparations, c'était pour son compte

propre, sur une chose qu'il croyait sienne ou tout au moins qu'il entendait traiter comme telle. Il ne peut plus être question ici des règles de la gestion d'affaires, ni des obligations qui en résultent pour le maître de l'affaire.

Il y a lieu simplement d'appliquer ce principe d'équité que « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » : si le propriétaire est tenu vis-à-vis du possesseur, ce ne peut être qu'en vertu d'une action *de in rem verso*. Dans notre hypothèse, si la chose a péri au moment de la restitution, on ne peut pas dire que le propriétaire se soit enrichi des réparations faites sur cette chose ; il ne doit donc rien de ce chef au possesseur (1).

221. — Il était nécessaire de donner cet aperçu rapide de la théorie des impenses pour bien faire saisir toute la différence entre cette théorie et celle des constructions. Mais telle est la question qu'il nous faut résoudre, quand peut-on dire qu'on est en présence de constructions auxquelles doit s'appliquer l'article 555 ? Quand, au contraire, faut-il dire que des travaux ne constituent que de simples impenses régies comme telles par l'article 1381 ? Y a-t-il un critérium qu'on puisse déduire de ces textes ? Si oui, quel est-il ?

C'est là une de ces questions qui divisent la doctrine. Il est, comme nous le disions, certaines hypothèses sur lesquelles tous tombent d'accord. Ainsi les constructions entièrement nouvelles, formant un tout bien distinct, édifiées sur un terrain nu, sont certainement régies par l'article 555. A l'inverse, il est des travaux qui tombent incontestablement sous l'application de l'article 1381 : ce sont ces ouvrages qu'il est impossible de qualifier de constructions, ce sont les simples réparations, les travaux d'entretien, les améliorations. Alors

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 687.

il est évident qu'on n'est plus dans le texte ni dans l'esprit de l'article 555, qu'il ne peut être question d'enlèvement de matériaux ; il y a de simples impenses.

Mais ce sont là des types extrêmes, s'il est permis de s'exprimer ainsi, que nous avons pris comme exemples. Il est bien des travaux qui sont plus que de simples réparations, et moins que des constructions. Ce peut être des constructions annexes venant s'ajouter à des bâtiments préexistants ; ce peut être la surélévation d'un étage d'une maison déjà ancienne ; ce peut être des agrandissements, des changements de destination transformant l'immeuble. Ce ne sont plus de simples réparations, sont-ce des constructions ?

222. — On ne peut poser un criterium absolu et déterminer pour les articles 555 et 1381 deux sphères d'application absolument distinctes. Il est des cas où de véritables constructions peuvent être considérées comme des impenses et même comme des impenses nécessaires ou tout au moins très utiles. C'est le cas par exemple, du possesseur qui achève un bâtiment commencé. Il construit, c'est bien certain. Mais ce travail, sans être rigoureusement commandé par une nécessité absolue et immédiate, constituait en quelque sorte le complément nécessaire de l'ouvrage préexistant ; pour tout propriétaire intelligent et soucieux de son patrimoine, il importait que cet édifice fût achevé. Nous verrons là une impense : les tribunaux devront, s'ils estiment les circonstances suffisantes, déclarer que l'article 1381 s'applique aux constructions faites en pareille occurrence. Si donc le possesseur est de mauvaise foi, le propriétaire sera dépouillé de son droit d'exiger l'enlèvement et, quelque soit le possesseur il lui remboursera intégralement le montant de l'impense.

Cette solution, remarquons-le avec M. Demolombe, présente de sérieux avantages pratiques. Elle permet d'éviter,

en certains cas particulièrement favorables, l'application de l'article 555 : elle désarme le propriétaire du droit rigoureux d'exiger la démolition. Le droit se trouvant ici parfaitement d'accord avec la raison et l'équité, nous ne pouvons que nous féliciter de cette solution (1).

223. — Le critérium cherché ne peut être absolu, la réponse à la question que nous nous posons ne peut être catégorique. Mais nous croyons trouver dans l'article 555 un important élément de solution.

Ce texte suppose, en effet, que les ouvrages dont il s'agit sont *susceptibles d'enlèvement*. Il dispose que le possesseur de mauvaise foi pourra être contraint de démolir les constructions qu'il a édifiées et de rétablir les lieux dans leur état primitif en reprenant les matériaux qu'il a employés. Il semble donc bien que, lorsqu'il y a impossibilité d'enlever, l'article 555 ne peut plus s'appliquer : il faut reconnaître qu'il ne s'agit plus dès lors de constructions au sens où notre texte prend ce mot, mais d'améliorations, d'impenses auxquelles s'appliquera la traditionnelle division tripartite. C'est l'opinion que nous justifierons : nous le ferons rapidement ; toute justification nous semblerait même superflue si nous ne rencontrions une opinion dissidente.

224. — Certains auteurs en effet n'ont pas admis cette manière de voir : MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain veulent, même en ce cas, faire application de l'article 555. Il s'agit, par exemple, d'un possesseur de mauvaise foi qui a desséché un marais par des drainages, qui a fait poser des papiers de tenture, qui a fait enduire de mortier un mur décrépi. Si le propriétaire du sol ne veut pas indemniser le possesseur de ces dépenses, s'il lui dit — plus ou moins ironiquement,

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 688. — Cprz TAULIER, t. II, p. 275.

fait remarquer M. Demolombe — d'enlever les travaux qu'il a faits, ce possesseur pourra les détruire, il pourra briser les conduits de drainage et les obstruer, arracher les papiers, faire tomber le mortier qui enduisait le mur.

Ne pourrait-on, objecte-t-on aux partisans de ce système, opposer à ce possesseur la maxime : *Malitiis non est indulgendum*, et l'empêcher de commettre sans profit pour personne une semblable destruction ? Non pas, répondent-ils ; c'est le propriétaire du sol qui commence la série des vexations, en abusant de la position favorable que lui donne la loi, pour essayer de s'enrichir aux dépens du possesseur ; la réponse de celui-ci est de bonne guerre ; c'est en menaçant le propriétaire de ce moyen extrême qu'il espère l'amener à composition et rentrer ainsi dans ses déboursés (1).

225. — Cette opinion nous paraît contraire à la vérité juridique et inadmissible dans ses résultats. L'article 555 est inapplicable. Ainsi pensent la majorité des auteurs (2). Et les raisons invoquées par ces auteurs nous paraissent convaincantes en droit comme en raison.

En droit, l'article 555 suppose des travaux que le possesseur peut être contraint à enlever. Or les travaux qui nous occupent ne sont pas susceptibles d'enlèvement, ils ne sont susceptibles que d'une destruction sans profit pour personne. Donc le texte ne peut pas ici recevoir application ; le choix qu'il offre au propriétaire ou de les garder en payant ou de les faire enlever est impossible.

En raison, la doctrine de MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain — l'application à ce genre de travaux de l'article 555 — donne des résultats inadmissibles. Il est véritablement déplorable de voir lacérer des papiers encore frais, ou

(1) DU CAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. III, n° 113.

(2) V. notamment DEMANTE, *c. an.*, t. II, n° 392 bis, I.

enlever un enduit encore excellent ; il y a là une destruction de richesse aussi déplorable au point de vue économique que certainement contraire aux vues du législateur.

226. — Il faut donc appliquer aux travaux qui ne sont pas nouveaux ou qui ne peuvent s'enlever, les règles posées par l'article 1381, toutes les fois qu'on peut dire qu'il y a dépenses nécessaires ou très utiles, « quasi-nécessaires », cette expression rend bien notre pensée.

Aux constructions nouvelles et susceptibles d'enlèvement s'applique l'article 555.

Nous avons vu cependant quelques cas de constructions susceptibles d'enlèvement, auxquelles pourrait s'appliquer l'article 555, et auxquelles nous avons préféré appliquer l'article 1381.

227. — Dans tous les autres cas où les travaux ne constituent plus des constructions nouvelles et susceptibles d'enlèvement ou ne peuvent être considérés comme impenses nécessaires ou quasi-nécessaires, nous n'avons plus de texte. Il faut donc accorder aux tribunaux un très large pouvoir d'appréciation : ils devront s'inspirer des principes généraux du droit et des principes de l'équité ; ils s'efforceront de bien appliquer cette maxime fondamentale, essentielle dans toute cette délicate matière : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

M. Demolombe veut que les juges appliquent par analogie les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires : il reconnaît d'ailleurs que ce n'est qu'une analogie. Il invoque ce texte, la loi 13, Dig., *de legibus*, I, 3 : « *Quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est, cetera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictiones suppleri.* » N'est-il pas possible à nos tribunaux, se demande l'éminent

auteur, d'accorder au tiers possesseur, à l'exemple du préteur romain, une sorte d'action *utilis* de gestion d'affaires ? (1)

Non, répondrons-nous, c'est inutile. — Non, parce que nos juges ne sont pas des préteurs ; nous ne sommes plus à Rome et les magistrats de nos cours et tribunaux n'ont plus les pouvoirs des magistrats romains. — C'est inutile : car notre droit s'est dépouillé du formalisme ancien. Il n'est plus nécessaire pour triompher en justice d'avoir une *actio*, il suffit d'avoir raison en droit ou en équité.

Nous ne voyons aucun inconvénient d'ailleurs au point de vue pratique, à ce que nos juges s'inspirent dans leurs jugements des règles de la gestion d'affaires ou de ce texte romain que M. Demolombe admire avec raison (2), puisque ces règles et ce texte sont parfaitement d'accord avec le bon sens et l'équité qui doivent régner ici à défaut d'article du Code.

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n° 689.

(2) L. 38, DIG. *de rei vind.*, VI, 1.

CHAPITRE III

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR UN DÉTENTEUR PRÉCAIRE.

228. — Nous avons à étudier dans ce chapitre le sort des constructions élevées par un détenteur à titre précaire, preneur à bail, emphytéote, usufruitier, commodataire ou antichrésiste.

Nous étudierons d'abord la situation faite au constructeur lorsqu'il est preneur à bail : nous nous demanderons tout d'abord s'il peut construire ; puis nous déterminerons les droits qu'il a sur la construction pendant le bail et ceux qu'il peut avoir contre le propriétaire lorsqu'à la fin du bail celui-ci reprend l'immeuble.

Passant ensuite à l'emphytéote, nous verrons qu'il faut lui appliquer les mêmes règles qu'au simple locataire.

Nous indiquerons rapidement les solutions que nous paraît comporter l'hypothèse des constructions élevées par un commodataire, hypothèse très peu fréquente en pratique.

Nous donnerons les solutions que nous croyons exactes en ce qui concerne les bâtiments qu'un créancier élève sur l'immeuble qu'il a reçu en antichrèse : cas également assez rare en pratique.

Enfin nous nous poserons à l'occasion de l'usufruitier les questions que nous aurons déjà résolues relativement au locataire.

Telles seront les matières traitées dans les cinq sections de ce chapitre.

SECTION I. — Des constructions élevées par un locataire.

229. — Nous n'avons pas à examiner dans cette section le cas où un locataire a, par des clauses insérées dans son contrat de bail, acquis la propriété des constructions qu'il a faites ou qu'il fera sur le terrain de son bailleur. Nous étudierons cette hypothèse dans le chapitre spécial que nous consacrerons au droit de superficie.

Nous avons surtout pour le moment à déterminer la condition juridique des bâtiments que construit un locataire, *en l'absence de toute convention sur ce point avec le bailleur*. Nous n'aurons que quelques mots à dire du cas où des clauses spéciales sont insérées au bail sans donner au locataire la propriété des constructions.

230. — L'hypothèse que nous allons envisager est une hypothèse extrêmement fréquente, extrêmement pratique. Il arrive très souvent aujourd'hui à cause du développement du commerce et de l'industrie, qu'un négociant, qu'un fabricant loue à un propriétaire de vastes terrains et y élève des magasins ou des usines (1).

Parfois, il aura soin d'insérer dans le bail des dispositions relatives à ces constructions. Suivant que ces clauses en laissent la propriété au bailleur ou le donnent au locataire, nous

(1) A Paris notamment, l'assistance publique loue ses terrains vagues du faubourg Montmartre avec autorisation de bâtir. La rue de Rivoli fut construite à l'aide de baux à long terme réservant au preneur la propriété des bâtiments, durant sa jouissance (Loi du 20 juin 1826). V. GARSONNET, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 551.

renvoyons au dernier paragraphe de cette section ou au chapitre de la superficie.

Souvent aussi le bail ne contient pas de conventions spéciales : quels sont alors les droits et obligations respectifs du bailleur et du preneur ?

231. — Nous diviserons donc cette section en cinq paragraphes :

§ I. Le locataire peut-il construire ?

§ II. Situation juridique des constructions pendant le bail.

§ III. Situation juridique des constructions à la fin du bail.

§ IV. Situation juridique des travaux autres que les constructions.

§ V. Clauses particulières insérées au bail.

§ 1. — Le locataire peut-il construire ?

232. — Le preneur a le droit de jouir de la chose louée, mais il doit en jouir dans l'état où elle est, sans en modifier la forme. L'obligation que l'article 578 impose à l'usufruitier de conserver la substance de la chose, s'impose certainement aussi au preneur : c'est bien le sens des articles 1728 et 1730, puisque d'après ces deux textes il doit jouir de la chose louée en bon père de famille et suivant sa destination, et la rendre dans l'état où il l'a reçue (1).

Construire est généralement modifier la substance de la chose. Si sur un sol nu, dans une terre labourable ou au milieu d'un jardin, j'élève une maison, il me paraît certain que la substance du fonds loué se trouve changée. Ce n'est plus un terrain vague, ce n'est plus un champ cultivable, ce n'est plus un jardin : il y a un immeuble bâti, un édifice.

(1) V. Cass., 5 mars 1855, Dall., 1865, I. 299. — Cass., 28 janvier 1857, Dall., 1857, I. 640.

Le locataire ne peut donc construire. Tel est le principe (1).

233. — Si au cours du bail, le preneur construit, le bailleur peut exiger la démolition immédiate ; et, comme cela constitue de la part du preneur une violation du contrat, le propriétaire peut demander, s'il y a préjudice suffisamment grave, la résiliation du bail avec dommages-intérêts (2). Si pendant le bail, le propriétaire a toléré les constructions, il peut toujours à la fin du bail, exiger le rétablissement des lieux dans leur état primitif et demander, s'il y a lieu, des dommages-intérêts.

Telle est la sanction du principe.

234. — Mais ce principe ne va pas sans restrictions.

Le preneur, et plus spécialement le locataire d'une maison, peuvent apporter à la chose certaines modifications de peu d'importance qui facilitent la jouissance sans altérer la forme de l'immeuble, à la condition que ces changements puissent disparaître à la fin du bail et que la chose puisse à cette époque être remise dans son état primitif. Un certain nombre de travaux peuvent ainsi être licites pour le preneur : modifications dans la distribution intérieure d'une maison, etc. (3).

Le preneur qui loue un immeuble pour y exercer un commerce ou une industrie est, par le fait même de cette location spéciale, autorisé à apporter dans l'immeuble toutes les modifications utiles à la prospérité de son commerce ou de son industrie. A ce point de vue encore, il faut admettre le preneur d'un immeuble à faire certains travaux, parfois assez impor-

(1) GUILLOUARD, *Contrat de louage*, t. 1^{er}, n° 288.

(2) Art. 1729, Civ.

(3) AUBRY et RAU, t. IV, § 365-2°, p. 471. — DUVERGIER, *du Louage*, t. 1^{er}, n° 398. — GUILLOUARD, *Contrat de louage*, t. 1^{er}, n° 289. — LAURENT, t. XXV, n° 175-176. — LEPAGE, *Lois des bâtiments*, t. II, p. 186.

Contra Rennes, 25 janvier 1814. Sir. C. N., V, II, 11.

tants : l'établissement de hangars, d'ateliers, de locaux destinés à recevoir des machines, peut ainsi être autorisé (1).

Cette dernière restriction porte au principe une atteinte considérable et permet au preneur un grand nombre de travaux. C'est ce qui explique pourquoi certains auteurs ont perdu le principe de vue et ont proclamé le droit pour le locataire de faire exécuter sur la chose louée tous les travaux ou ouvrages de nature à en augmenter l'utilité, l'agrément ou le produit (2). Nous croyons plus exacte la manière de voir à laquelle nous nous sommes rangé (3).

235. — Que si, soit en excédant son droit, soit dans les limites du droit que nous lui avons exceptionnellement reconnu de modifier la chose louée, le preneur a élevé des constructions, quelle sera la situation juridique de ces bâtiments pendant la durée du bail ? Telle est la question que nous allons étudier dans le paragraphe II.

Et quelle solution faudra-t-il donner au conflit qui s'élèvera à la fin du bail entre le propriétaire et le locataire constructeur ? C'est ce que nous rechercherons dans le paragraphe III.

§ 2. — Situation juridique des constructions pendant le bail.

236. — Si nous recherchons dans la doctrine l'opinion des auteurs sur cette question nous trouvons en présence — à

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 365-2^o, p. 471. — GUILLOUARD, *Contrat de louage*, t. I^{er}, nos 292 et s.

(2) AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(3) M. LAURENT, dans son avant-projet de révision du Code civil belge, prévoit le droit pour le preneur de construire (art. 1814) :

« Le preneur a le droit de faire des constructions et des plantations nécessaires ou utiles à sa jouissance, à condition qu'il use de la chose louée suivant sa destination. »

Le Code civil espagnol de 1889, dans son article 1573, applicable au preneur, dispose : « L'usufruitier peut faire les améliorations utiles ou d'agrément qu'il juge convenables, pourvu qu'il n'altère pas la forme des lieux ».

travers des solutions parfois contradictoires — deux grands systèmes :

1° Pour les uns, l'accession ne se produit qu'à la fin du bail, et, pendant toute la durée de celui-ci, la propriété des constructions est au preneur qui les a élevées ;

2° Pour les autres, l'accession s'opérant immédiatement, au fur et à mesure de la jonction des matériaux au sol, les bâtiments appartiennent aussitôt au propriétaire du sol : le preneur n'a sur eux que le droit qu'il avait déjà sur le sol.

L'exposé rapide des arguments mis en avant par les partisans de l'un et de l'autre systèmes nous permettra d'apprécier leur valeur et de nous faire une opinion bien nette.

237. — I. Le premier système soutenu par un parti assez considérable de la doctrine, veut que le bailleur ne devienne propriétaire des constructions qu'à la fin du bail et à la condition que le preneur les laisse subsister jusqu'à ce moment : alors s'applique l'article 551. Pendant le bail, le preneur reste propriétaire des constructions : si donc il démolit les bâtiments qu'il a élevés, il ne fait qu'user de son droit, le propriétaire ne peut s'y opposer. Dès que la chose, à la fin du bail, lui est remise dans l'état où il l'a donnée, le bailleur n'est pas fondé à se plaindre.

C'est le système qu'admettent MM. Aubry et Rau :

« Lorsque, disent-ils, le preneur a fait des plantations ou des constructions, ou apporté des modifications au mécanisme d'une usine, il peut, en cours de bail, enlever ces plantations et constructions, ou rétablir l'ancien mécanisme, sans que le bailleur soit autorisé à s'y opposer en se fondant sur le droit d'accession. »

Et voici en quels termes ils justifient leur solution : « La seule manière de concilier les droits que le bail confère au preneur avec le droit d'accession compétant au propriétaire

est de n'admettre l'exercice de ce dernier droit que sur l'état de choses existant à la fin du bail (1). »

Le même système est soutenu par M. Laurent qui développe l'argument mis en avant par MM. Aubry et Rau :

« Donner au bailleur le droit d'exiger que les ouvrages faits par le preneur soient maintenus, ce serait altérer les droits que le bail donne au preneur : il ne pourrait plus jouir d'après ses convenances et ses intérêts ».

Et il ajoute : « La seule obligation que la loi et la nature du contrat imposent au preneur, c'est de rendre la chose au bailleur, et de la lui rendre telle qu'il l'a reçue. Donc il est obligé d'enlever les plantations et constructions qui n'existaient pas lors du bail. Voilà le seul droit que le bailleur a en vertu de son contrat (2) ».

238. — C'est encore la même théorie qu'admet, au moins en principe, M. Duvergier ; mais il y apporte une restriction qui nous paraît de nature à porter au système tout entier une sérieuse atteinte :

« Il y a cependant un cas, dit-il, où la rigueur du principe me semble pouvoir être atténuée : c'est celui où l'enlèvement des objets, sans les détruire précisément, en réduit la valeur ; où le propriétaire en offre évidemment plus que le preneur ne pourra en retirer en les enlevant ; où, par conséquent, celui-ci est mû plutôt par quelque sentiment d'animosité que par le désir de conserver ce qui lui appartient ; où, enfin, les objets paraissent par leur nature avoir été placés à perpétuelle demeure. Toutes ces considérations se réunissent contre la prétention du preneur qui veut, à la fin du bail, enlever les arbres qu'il a plantés sur le fonds loué (3) ».

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 365-2°, texte et note 5, p. 171, et aussi t. II, § 204, notes 21 et 22, p. 262.

(2) LAURENT, t. XXV, nos 177 et 179.

(3) DUVERGIER, *du Louage*, t. 1^{er}, n° 461.

Cette restriction, bien qu'explicitement portée par M. Duvergier en ce qui concerne les arbres seulement, pourrait facilement s'étendre aux constructions : toutes les considérations invoquées s'appliqueraient dans les mêmes termes.

239. — On peut citer encore en faveur de la théorie que nous venons d'exposer un arrêt de la Cour de cassation. Si, dans cet arrêt, la Cour de cassation ne décide pas *expressis verbis* que le preneur est propriétaire des constructions qu'il a élevées, elle le donne bien à entendre en décidant que, pendant le cours du bail, le preneur peut les détruire :

« Attendu en droit, dit cet arrêt, qu'en admettant que la disposition de l'article 555 du Code Napoléon soit conciliable avec les principes spéciaux qui régissent le bail, et que le propriétaire puisse exercer dans toute sa rigueur, à l'encontre de son fermier, le droit que lui donne cet article de retenir les constructions élevées par un tiers sur son fonds, sous la seule condition de rembourser la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, ce droit ne s'ouvre pour lui qu'au jour où cesse le bail et sur l'état des choses existant à cette époque ;

« Que, jusque-là, la jouissance qu'il a transmise à son fermier et qu'il est tenu de lui garantir, ne serait ni libre, ni complète, si, en invoquant un droit immédiatement acquis par lui sur les changements et les constructions qu'il a pu faire dans le but d'approprier les lieux à la destination pour laquelle ils lui ont été loués, il pouvait l'empêcher d'en disposer à son gré pendant le cours du bail, et d'y apporter des modifications que lui paraîtraient exiger ses convenances et ses intérêts ; qu'ainsi entendu et appliqué l'article 555 serait une atteinte aux droits que le fermier tient du bail et de la loi, puisque, par exemple, il serait tenu de conserver un mécanisme établi par lui pour l'exercice de son industrie, bien

que l'expérience lui en ait démontré le vice ou l'insuffisance (1) ».

Cet arrêt nous indique encore un certain nombre d'arguments moins topiques ou déjà exposés.

240. — Indiquons rapidement les principales conséquences de ce système :

1° Propriétaire des constructions pendant toute la durée du bail, le preneur qui les a élevées peut les modifier et les détruire, sans que le bailleur puisse s'y opposer (2) ;

2° Il peut les aliéner à titre onéreux ou gratuit, les donner en antichrèse ou les hypothéquer (3) ;

3° Les créanciers du preneur peuvent saisir les constructions, et la forme de la saisie est celle de la saisie immobilière (4) ;

4° Le preneur a toutes les actions qui compètent à un propriétaire, pétitoires et possessoires ;

5° Au cas de mariage du locataire constructeur, sous le régime de la communauté légale, les bâtiments lui resteront propres, les meubles seuls tombant en communauté ;

6° De même si, par son testament, le locataire désigne un légataire des immeubles, c'est celui-ci qui recueillera les constructions.

[Remarquons que dans ces deux derniers cas, le droit au bail sur le sol n'ira pas au même que les constructions : il tombera en communauté, ou sera au lot du légataire des meubles.]

7° Les impositions mises par la loi à la charge du proprié-

(1) Cass., 22 novembre 1864, Sir., 1865. I. 41, et Dall., 1865. I. 410.

(2) Cass., 22 novembre 1864, Sir., 1865. I. 41, et Dall., 1865. I. 110. — Cprz Lyon, 19 février 1885. Dall., 1885. II. 137.

(3) Lyon, 18 février 1871, Sir., 1871. II. 81.

(4) Rouen, 28 août 1859, Sir., 1859. II. 647. — Cass., 7 avril 1862, Sir., 1862. I. 459.

taire, et notamment l'impôt foncier, seront supportées par le preneur ;

8° Si le preneur cède à un tiers les constructions qu'il a élevées sur le fonds loué, il y a là une mutation immobilière, soumise à la formalité de la transcription, à l'occasion de laquelle l'administration de l'enregistrement percevra le droit qui frappe les opérations juridiques de cette espèce (1-2).

241. — II. Le second système nous paraît plus conforme à la vérité juridique.

Nous avons posé, dans le chapitre premier, en tête de cette étude, les principes fondamentaux de la matière, principes qu'il importe de ne jamais perdre de vue, et auxquels il faut recourir chaque fois qu'une difficulté se présente.

Or, dans ces principes, nous avons eu à résoudre d'une façon générale le problème qui se présente aujourd'hui : à quel moment se produit l'accession ?

Et nous avons vu qu'aux termes de l'article 551 tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire, qu'il en est ainsi spécialement des constructions et des travaux, objets de cette étude. L'accession opère immédiatement, *ipso facto*, au fur et à mesure que les matériaux sont réunis au sol (3).

Nous sommes logiquement conduits à décider que la propriété des constructions — au cas particulier qui nous occupe — va immédiatement au bailleur, et que le preneur n'a

(1). V. *infra*, 3^e partie.

(2) Aux auteurs déjà cités en faveur de cette théorie, *adde* : DURANTON, t. IV, n° 384 ; PONT, p. 241 et s., p. 337 et s., PROUDHON, *Usufruit*, t. III, n° 1456. — Cprz DEMANTE, *c. an.* t. II, n° 392 *bis.* II ; DEMOLOMBE, t. IX, n° 693 ; FLANDIN, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1865 ; et de *la Transcription en matière hypothéc.*, t. I^{er}, n° 32 ; MARCADÉ, sur l'art. 555, VI ; MASSÉ et VERGÉ, sur *Zachariæ*, t. II, § 297, p. 111, note 10. — Trib. Seine, 23 avril 1885, *Gazette des Tribunaux*, 1^{er} et 2 juin 1885. — Lyon, 19 février 1885, *Dall.*, 85. II. 137.

(3) V. *supra*, n°s 113 et s.

sur les bâtiments qu'il a élevés que le droit qu'il avait précédemment sur le sol.

242. — Il nous est facile de répondre aux principaux arguments invoqués en faveur du premier système, et de montrer que rien ne s'oppose à l'application des principes.

Le preneur, — c'est l'argument essentiel du système que nous combattons, — le preneur n'est obligé qu'à une chose, rendre l'immeuble loué dans l'état où il l'a reçu. Donner au bailleur la propriété des constructions aussitôt qu'elles sont élevées, c'est lui permettre de s'opposer à la remise des lieux en leur état primitif, c'est aller contre l'article 1730. D'abord nous pouvons dire que l'article 1730 a statué *de eo quod plerumque fit*, qu'il ne vise pas l'hypothèse exceptionnelle de constructions élevées par le preneur, qu'il n'est pas entré dans l'esprit de ses auteurs d'apporter aucune restriction au principe posé par les articles 551 et 555 (1). Ensuite l'article 1730 donne au bailleur le droit d'exiger qu'à la fin du bail les lieux soient remis en leur état primitif : la solution que nous admettons, c'est-à-dire l'application de l'article 555, n'y contredit en rien, puisqu'aux termes mêmes de cet article le propriétaire peut exiger la démolition des travaux et la remise des lieux en leur état primitif.

Si le bailleur — c'est un argument que nous trouvons dans l'arrêt de Cassation dont nous avons cité les motifs — si le bailleur devient immédiatement propriétaire des modifications immobilières, il paralysera l'initiative du preneur, il empêchera les changements utiles que celui-ci pourrait vouloir faire dans la suite pour le développement de son industrie. La réponse est facile. Si le preneur a, ainsi que nous l'admettons, le même droit sur les constructions que sur l'immeuble primitif, il pourra aussi bien modifier les construc-

(1) GUILLOUARD, *Contrat de louage*, t. 1^{er}, n° 297.

tions qu'il a pu modifier antérieurement l'immeuble loué. Nous ne comprenons donc pas l'objection.

Les arguments du système contraire écartés, notre système reste entier.

243. — Nous pouvons immédiatement formuler les grandes conséquences du système que nous adoptons :

1^o Propriétaire des constructions aussitôt qu'elles sont élevées, le bailleur peut pendant le bail s'opposer à leur démolition et à toute modification qui excède le droit que nous avons exceptionnellement reconnu au preneur sur l'immeuble loué (1).

2^o Le preneur a sur le bâtiment le même droit que sur le sol. Mais à l'occasion de la nature de ce droit s'élève une nouvelle controverse. Et suivant qu'on admet que ce droit est réel et immobilier ou personnel mobilier, des décisions très différentes doivent être données sur un grand nombre de points.

244. — A. Le système qui fait du droit du preneur un droit réel immobilier est dû à M. Troplong et à eu en lui son principal défenseur (2). Il a été suivi par un petit nombre d'auteurs (3). Quelques arrêts — pour la plupart rendus par la Cour de Paris — sont venus confirmer cette doctrine (4).

(1) GUILLOUARD, t. I^{er}, n^o 296.

Cass., 1^{er} juillet 1851, Sir., 1851. I. 481. — Cass., 27 mai 1873. I. 410. — Cass., 8 mai 1877, Sir., 1877. I. 297.

(2) TROPLONG, t. I^{er}, n^{os} 6 et s., et t. II, n^{os} 473 et s.

(3) BÉLIME, *Du droit de possession*, n^o 309. — de FRÉMINVILLE, *De la minorité*, I, 528. — JOZON, *Revue pratique*, 1865, p. 358. — ROZY, *Revue pratique*, 1865, p. 488.

(4) Rouen, 30 juillet 1855, Dall., 1857. II. 33. — Rouen, 20 août 1859, Sir., 1859, II. 647. — Paris 24 juin 1858, Sir., 1859. II. 146 et Dall. 1859. II. 217. — Paris, 29 mars 1860, Sir., 1860. II. 122. — Paris, 8 juillet 1861, Sir., 1862. II. 274. — Chambéry, 28 novembre 1862, Sir., 1863. II. 224 et Dall., 1853. II. 67. — Paris, 27 août 1864, Sir., 1864. II. 266. — Lyon, 14 août 1868, Sir., 1869. II. 115.

Tout en reconnaissant qu'en droit romain le bail ne faisait naître au profit du preneur qu'un droit personnel et que nos anciens auteurs, dont Pothier, ont admis généralement l'opinion traditionnelle, M. Troplong croit que, dans le droit actuel, le droit du locataire est réel et immobilier. Il en trouve la preuve dans l'historique du droit du preneur à travers le droit intermédiaire et dans le Code civil.

Les articles 2 et 3 de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 décidaient qu'en cas de vente d'un bien loué, le fermier d'un domaine rural ne peut être congédié par l'acquéreur que si le bail est fait pour plus de dix années ; et, même en ce dernier cas, le fermier ne peut être expulsé que si l'acquéreur cultive lui-même sa propriété, s'il signifie son congé au fermier au moins un an d'avance et s'il le dédommage du préjudice que peut lui causer la non continuation du bail. « Le bail à ferme venait de recevoir le cachet de droit réel, puisqu'il militait désormais contre tous les acquéreurs et successeurs à titre singulier. »

Ce que la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 avait fait pour le bail à ferme, le Code civil l'a généralisé dans l'article 1743 : désormais tous les baux d'immeubles donnent au preneur un droit réel. L'article 1743, en effet, décide que l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a bail authentique ou dont la date est certaine, à moins que ce droit n'ait été réservé au contrat de bail. Le droit du preneur a donc un caractère absolu, et tout droit absolu est un droit réel. Le propre du droit personnel est d'être relatif.

M. Troplong et les partisans de son système invoquent encore plusieurs passages des travaux préparatoires, ainsi que les articles 595 du Code civil et 684 du Code de procédure, comme établissant l'intention de la part du législateur de rompre avec la tradition.

245. — La première conséquence de cette théorie, c'est que le locataire, ayant sur les constructions qu'il a élevées un droit de même nature que celui qu'il a sur le sol, aura sur ces constructions un droit réel immobilier.

Et de cette première conséquence découlent un certain nombre de corollaires fort importants, corollaires que n'admet pas toujours M. Troplong, mais que certains auteurs ont dû admettre et qui sont les conséquences logiques et nécessaires du principe base de tout le système :

1° Le droit du locataire sur les constructions qu'il a élevées, comme son droit sur le sol, sera susceptible d'antichrèse, peut-être d'hypothèque ;

2° Les créanciers du locataire pourront saisir ce droit, et les formes de cette saisie seront celles de la saisie immobilière ;

3° Le preneur aura pour la défense de son droit réel, tant sur le sol que sur les bâtiments, les actions pétitoires et possessoires ;

4° En cas de mariage du constructeur sous le régime de la communauté légale, le droit au bail et ses droits sur les constructions lui resteront propres. De même, si par son testament il laisse un légataire des immeubles, bail et constructions seront recueillis par lui.

246. — B. Cette théorie de M. Troplong n'a pas triomphé. Nous avons cité les rares auteurs et les arrêts peu nombreux qui l'ont admise. La majorité de la jurisprudence et la presque-unanimité de la doctrine ont maintenu la tradition : le droit du preneur d'un immeuble est personnel et mobilier.

A peine signale-t-on la dissidence de M. Colmet de Santerre qui considère le droit du preneur comme personnel et immobilier.

Ces paroles de M. Troplong ne nous semblent pas près de se vérifier :

« L'opinion contraire, toute respectable qu'elle est par l'unanimité de ses défenseurs, pourrait bien, après tout, n'être qu'un débris de l'ancienne jurisprudence, et un préjugé dont probablement la science finira tôt ou tard par se débarrasser (1) ».

Le débris nous paraît assez considérable, et le préjugé ne nous semble pas près d'être extirpé.

247. — La théorie qui fait du droit du locataire d'un immeuble un droit personnel et mobilier a pour elle la tradition. A Rome, la célèbre loi *Emptorem* (2) décidait que l'acquéreur n'était pas obligé de supporter le bail. C'est cette opinion qu'ont admise nos anciens auteurs ; ils ne faisaient exception que pour les baux à long terme qui, comme l'emphytéose, constituaient un droit réel au profit du preneur.

Les rédacteurs du Code ont-ils voulu changer le caractère traditionnel du bail ? Les arguments invoqués en faveur de la négative nous paraissent très puissants.

L'article 1709, définissant le louage « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose », répond péremptoirement à la question. Cette définition est pour ainsi dire copiée sur celle que donnait Pothier. Si les rédacteurs du Code avaient voulu, comme le prétend M. Troplong, changer la nature de ce droit, ils auraient changé la définition.

Les termes mêmes de cette définition montrent bien que le droit du preneur est un droit personnel. Le mot *s'oblige* indique qu'il s'agit d'une obligation, et non pas d'un droit absolu, d'un droit réel. Lorsque, autre part, à propos de l'usu-

(1) TROPLONG, *du Louage*, t. I^{er}, n° 20.

(2) L. 9, Cod., *de locato*, IV, 65.

fruit par exemple, notre Code définit un droit réel, il emploie de tout autres termes : « L'usufruit, dit-il, est le *droit* de jouir des choses dont un autre a la propriété » (1). Voilà un droit réel, c'est-à-dire un droit absolu, opposable à tous. Au contraire, l'article 1709 ne met en scène que deux personnes, le bailleur et le preneur, il définit un droit relatif, c'est-à-dire un droit personnel.

L'article 1743, que M. Troplong invoque, ne nous semble pas aussi décisif contre notre système que veulent bien le dire les partisans de la théorie opposée. Comment se fait-il que le droit du preneur soit maintenu vis-à-vis du tiers acquéreur si ce droit n'a qu'un caractère personnel ? C'est là une disposition fort utile, et les rédacteurs du Code n'ont eu en vue que les services qu'elle peut rendre dans la pratique. Elle facilite la location des immeubles, notamment des fermes : le fermier est ainsi assuré de n'être pas forcé d'abandonner l'immeuble qu'il cultive si le propriétaire vient à vendre son bien. Proudhon a donné de cette disposition une explication très juridique et très claire :

« Si, aux termes du Code, le bail n'est pas, comme il l'était anciennement, résolu par la vente du fonds, ce n'est pas que le preneur ait véritablement un droit réel en vertu duquel il puisse suivre la chose comme sienne sous le rapport du domaine utile, et la revendiquer entre les mains du tiers acquéreur : mais c'est seulement parce que les auteurs de cette disposition nouvelle de nos lois ont voulu que l'aliénation du fonds affermé ne fût consentie ou censée consentie que sous la condition que le tiers acquéreur y stipulât, ou fût censé y avoir stipulé, l'obligation personnelle d'entretenir le bail ». (2).

(1) Art. 578, Civ.

(2) PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. I^{er}, n° 102.

La loi du 23 mars 1855 a donné à ce système un nouvel argument qui nous paraît suffisant pour clore la discussion. L'article 2-4° de cette loi assujettit les baux de plus de dix-huit années à la transcription, et pour qu'on ne se méprenne pas sur le caractère de cette disposition, le rapporteur au Corps législatif a dit : « On a dû assujettir à la transcription tous les actes qui, *sans constituer des droits réels*, imposent cependant à la propriété des charges qui sont de nature à en altérer sensiblement la valeur : tels sont les baux à long terme ». (1)

248. — Nous concluons donc que, le preneur ayant sur les bâtiments qu'il a élevés le même droit que sur le sol, le droit du preneur sur les constructions est personnel et mobilier.

Vainement viendra-t-on nous objecter, ainsi que le font certains arrêts de la Cour de cassation rendus en matière fiscale, l'article 518 du Code civil. De ce que, aux termes de cet article, les bâtiments sont immeubles par nature, sans que ce texte distingue suivant la qualité du constructeur, il est

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 365, p. 471-472, texte et note 7. — CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *des Droits d'Enregistrement*, t. IV, n° 3032. — COLMET DE SANTERRE, *c. an.*, t. VII, n° 198 et 198 bis. — DALLOZ, *Rep. met.*, V° *Louage*, n° 5 et s. — DELVINCOURT, t. III, p. 185 (note 2), p. 188 (note 5), p. 198 (note 5). — DEMOLOMBE, t. IX, n° 492-493. — DURANTON, t. IV, n° 73, et t. XVII, n° 139. — DUVERGIER, *du Louage*, t. I^{er}, n° 18 et s. — FERRY, *Revue étrangère*, année 1841, p. 609 et 649, et année 1842, p. 123. FLANDIN, *de la Transcription*, t. I^{er}, n° 196. — GUILLOUARD, *Contrat de louage*, t. I^{er}, n° 18 et s. — LAURENT, t. XXV, n° 9 à 30. — MARGADÉ, sur l'art. 526, V. — PROUDHON, *loc. cit.* — RODIÈRE et PONT, *du Contrat de mariage*, t. I^{er}, n° 337. — TOULLIER, t. III, n° 388, et t. IV, n° 435. — VALETTE, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, p. 195.

Cass., 14 novembre 1832, Sir., 1833, I, 32. — Caen, 24 janvier 1848, Sir., 1849, II, 553. — Bourges, 27 février 1852, Sir., 1852, II, 638. — Grenoble, 21 janvier 1860, Sir., 1860, II, 126. — Cass., 6 mars 1861, Sir., 1861, I, 713, et Dall., 1861, I, 417. — Cass., 21 février 1865, Sir., 1865, I, 113. — Cass., 17 décembre 1867, Sir., 1868, I, 26. — Lyon, 1^{er} juillet 1881, Sir., 1883, II, 212.

absolument inexact de conclure que celui-ci a sur les bâtiments un droit immobilier. Le sol aussi est un immeuble, pourquoi les arrêts de la même juridiction décident-ils que le droit du locataire est mobilier ? (1)

Les bâtiments n'appartiennent pas au locataire constructeur, sauf au cas de superficie. Il n'est pas plus propriétaire des bâtiments que du sol. Il exploite ces bâtiments, dit-on, dans leur état d'immeubles et d'après la destination qui en résulte; mais n'est-ce pas cela que fait tout preneur d'édifices, fermier ou locataire? Et nous avons vu cependant que le preneur n'a jamais qu'un droit mobilier.

On soutient que le droit du constructeur est immobilier. Mais sur quoi porte ce droit? A quoi aboutira-t-il? Pendant le bail, c'est un simple droit de jouissance. A l'expiration du bail, notre constructeur reprendra ses matériaux ou obtiendra une indemnité pécuniaire. L'objet de ce droit, jouissance, matériaux en nature, somme d'argent, est toujours mobilier. *Quod tendit ad mobile est mobile.*

Le droit du locataire constructeur sur les bâtiments qu'il a élevés est donc bien personnel et mobilier (2).

249. — Et, tirant de cette proposition toutes les conséquences qu'elle comporte, nous déciderons :

1^o Dès que l'édifice est construit, le bailleur en devient propriétaire par droit d'accession : il peut donc pendant le cours du bail s'opposer à l'enlèvement (3).

2^o Les impositions mises par la loi à la charge du propriétaire seront supportées par le bailleur. Ainsi l'a décidé avec raison la Cour de cassation à propos de l'impôt de 45 centimes

(1) Pour plus ample réfutation de cet argument, v. 3^e partie, *Droit fiscal*, nos 518 et s.

(2) GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. I^{er}, n^o 296 et s.

(3) Cass., 8 mai 1877, Sir., 1877, I, 297.

établi par le décret du 16 mars 1848 (1). Ainsi le décide aussi la jurisprudence pour l'augmentation d'impôt foncier résultant des constructions (2).

3° Comme le droit du preneur est soumis à une alternative de la part du bailleur et que celui-ci peut ne l'exercer qu'à la fin du bail, le preneur n'a pas contre le bailleur de créance immédiate : elle ne peut être exigée qu'à la fin du bail. On ne peut donc saisir-arrêter cette créance avant la fin du bail (3).

4° Le preneur, n'ayant sur les constructions qu'il a élevées ni un droit réel, ni même le droit particulier ou la situation spéciale que donne la possession, ne peut avoir aucune des actions pétitoires ou possessoires qui compètent au propriétaire ou au possesseur. Notamment, en ce qui concerne les actions possessoires, le locataire troublé dans la jouissance des bâtiments ou du sol devra s'adresser au propriétaire pour se faire garantir des troubles ou de l'éviction. Toutefois, la jurisprudence n'exigeant pour l'exercice de la réintégration que des conditions moindres que pour l'exercice des autres actions possessoires, on admet le locataire à intenter cette action (4).

5° C'est par application des principes que nous avons admis, que la Cour de Douai a décidé que la demande formée par le fermier contre le propriétaire en paiement du prix d'estimation des constructions qu'il a faites sur l'immeuble loué, est aussi purement personnelle et mobilière ; c'est donc devant

(1) Cass., 8 juillet 1851, Sir., 185.I.1.682.

(2) Paris, 15 décembre 1865, Sir., 1866.II.83.

(3) Limoges, 17 mars 1877, Sir., 1877.II.236.—Cprz. PERSIL, *Questions sur les hypoth.*, t. II, p. 291.—V. aussi Besançon, 22 mai 1845, Sir., 1847.II.273.—Cass., 21 février 1849, Sir., 1849.I.261.

(4) V. AUBRY et RAU, t. IV, § 365, texte et note 9, p. 472. — GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. I^{er}, n° 29-4°.

le tribunal du domicile du bailleur que cette demande doit être portée, non devant le tribunal de la situation de l'immeuble (1).

6° Le preneur ne peut conférer d'hypothèque sur les constructions qu'il a élevées, ni les donner en antichrèse (2).

7° Si le locataire constructeur se marie sous le régime de la communauté légale, son droit sur les bâtiments, étant essentiellement mobilier, tombera dans la communauté (3).

8° De même, à la mort du preneur, si son testament désigne un légataire des meubles, c'est lui qui recueillera les constructions comme le droit au bail (4).

9° La cession que le preneur fait de son droit n'est pas une cession immobilière et par conséquent n'est pas soumise à la transcription (5).

Nous verrons enfin dans la partie de cette étude réservée au droit fiscal, les importantes conséquences qu'il faut tirer du principe que nous avons posé. La cession par le preneur des constructions qu'il a élevées ne peut pas constituer une cession immobilière, assujettie au droit proportionnel des mutations immobilières. Il n'y a qu'une cession d'un droit

(1) Douai, 17 novembre 1846, Sir. 1847. II. 276.

(2) Art. 2072, 2114, 2118 et 2119 civ. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 168. — MAR-
TOUT, *Des Priv. et hyp.*, n° 935. — MERLIN, Rep., v° *Hypothèque*, sect. III,
§ III, art. 3, n° 6.

Grenoble, 2 janvier 1827, Sir., 1827. II. 287. — Trib. de Lyon, 18 janvier
1868, Sir., 1869. II. 115. — Trib. de la Seine, 17 février 1870, Dall., 1871. III.
33. — Cass., 27 mai 1873, Dall., 1873. I. 410. — Paris, 4 novembre 1886, Sir.,
1888. II. 126, et Dall., 1888. II. 4.

(3) POTHIER, *Traité de la Communauté*, n° 37. — GUILLOUARD, *Contrat de
Louage*, t. I^{er}, n° 29-6°. — PERSIL, *Quest. sur les hypoth.*, t. II, p. 291.
— RIGAUD et CHAMPIONNIÈRE, *des Droits d'enregistrement*, t. IV, n° 3177,
note 1.

(4) GUILLOUARD, *loc. cit.*

(5) MOURLON, *Revue pratique*, t. I^{er}, p. 22, n° 13.

personnel et mobilier, frappée seulement d'un droit d'acte dont la quotité est de beaucoup inférieure (1).

250. — Après cet exposé des principaux systèmes mis en avant par les auteurs, un coup d'œil rapide sur l'état *anarchique* (2) de la jurisprudence présente quelque intérêt.

Il ne semble pas qu'aucun arrêt, ni aucun jugement se soit préoccupé de poser sur la question des principes bien nets. Dans la plupart de leurs décisions, nos cours ne paraissent pas avoir cherché à dégager les règles juridiques et à en déduire les conséquences. La Cour régulatrice elle-même a rendu bon nombre de décisions contradictoires.

Un tableau rapide de cette jurisprudence fait bien ressortir les contradictions.

1^o Propriétaire des constructions pendant toute la durée du bail, le preneur, disent certains arrêts, peut les modifier et les détruire (3). Un arrêt assez récent de la Cour suprême donne tort à cette jurisprudence : le bailleur, dit-il, devient propriétaire de l'édifice dès qu'il est construit ; même pendant le cours du bail il peut s'opposer à son enlèvement (4).

2^o Le preneur a sur les bâtiments un droit de propriété ; il peut donc les hypothéquer ; ces bâtiments sont même atteints de plein droit par les hypothèques légales qui affectent le patrimoine du preneur (5). Sur ce point nous ne connaissons que cette décision.

3^o Mais il a été décidé que c'est au bailleur à supporter l'augmentation d'impôt foncier, comme d'ailleurs toutes les

(1) *V. infra*, 3^e partie, *Droit fiscal*.

(2) Le mot nous paraît assez exact ; il est de M. Laurent (t. XXV, n^o 182 *bis*).

(3) Cass., 22 novembre 1864, Sir., 1865. I. 41, et Dall., 1865. I. 110. — Lyon, 19 février 1885, Dall., 1885. II. 137.

(4) Cass., 8 mai 1877, Sir., 1877. I. 297.

(5) Lyon, 18 février 1871, Sir., 1871. II. 81.

impositions mises à la charge du propriétaire (1). Ce qui contredit absolument à la solution précédente.

4° Les créanciers du preneur, ceci est favorable au système que nous avons combattu, peuvent saisir les constructions qu'il a élevées, et ce en la forme d'une saisie immobilière (2). Mais cette jurisprudence est contredite par bon nombre d'arrêts (3).

5° En matière fiscale, il y a eu longtemps dissension entre les tribunaux de première instance et la Cour de cassation. La jurisprudence de celle-ci a fini par l'emporter : les cessions de constructions sont soumises au droit des mutations immobilières (4).

Ainsi, en droit civil, la jurisprudence tend, dans ses arrêts les plus récents, à une application plus exacte des principes ; mais, en droit fiscal, elle persiste dans une théorie contraire.

Beaucoup des contradictions que nous avons signalées s'expliquent, sans se justifier, quand on considère les espèces dans lesquelles les arrêts ont été rendus. Au milieu des confusions des auteurs et de l'embarras de la jurisprudence antérieure, les tribunaux ont souvent jugé plutôt en équité qu'en droit.

§ 3. — Situation juridique des constructions à la fin du bail.

251. — Tant que dure le bail, le constructeur jouit des constructions qu'il a élevées comme il jouit du sol qu'il a

(1) Cass., 8 juillet 1851, Sir., 1861. I. 682. — Paris, 15 décembre 1865, Sir., 1866. II. 83.

(2) Rouen, 28 août 1859, Sir., 1859. II. 647. — Cass., 7 avril 1862, Sir., 1862. I. 459.

(3) Besançon, 22 mai 1845, Sir., 1847. II. 273. — Cass., 14 février 1849, Sir., 1849. I. 261. — Limoges, 17 mars 1877, Sir., 1877. II. 236.

(4) V. *infra*, 3^e partie, *Droit fiscal*.

loué. Le bail prend fin : le locataire doit abandonner l'immeuble. Quel sera le sort des constructions ? Quels droits faut-il attribuer au bailleur ?

Nous voici encore en présence d'une vive controverse. Toute cette matière n'est traitée expressément par aucun texte : elle a été une carrière ouverte aux spéculations des auteurs. Au milieu d'arguments contraires, présentés souvent avec un égal talent, il est parfois difficile de se faire une opinion et de trancher.

Ici deux systèmes sont en présence :

L'un soutient qu'il faut appliquer au locataire constructeur l'article 555. Détenteur à titre précaire, il sera traité comme un possesseur de mauvaise foi, et le bailleur aura la faculté d'exiger l'enlèvement des travaux ou de les conserver moyennant indemnité.

Suivant l'autre, il résulte de certains termes de l'article 555, que ce texte n'est pas applicable : il faut donc recourir aux règles de l'équité et aux principes généraux du louage, notamment à la règle déposée dans l'article 1730.

252. — Avant d'entrer dans cette discussion, remarquons-en toute l'importance.

Si, nous rangeant au premier système, nous admettons que l'article 555 comprend, par la généralité de ses termes tous les détenteurs qui construisent sur le terrain d'autrui, nous aurons là un texte général en notre matière, nous l'appliquons non seulement au locataire, mais aussi à l'usufruitier, à l'emprunteur à usage, à l'antichrésiste, nous l'étendrons même peut-être, du moins dans certains cas, au propriétaire sous condition résolutoire.

Au contraire, si nous pensons, avec les partisans du système opposé, que cet article ne s'applique qu'aux possesseurs *stricto sensu*, c'est-à-dire aux détenteurs qui ont sur la chose

l'animus domini, nous n'en admettrons l'application ni aux détenteurs précaires, locataire, usufruitier, etc., ni au propriétaire sous condition résolutoire. Nous devons alors chercher la solution de la question que nous nous sommes posée dans les règles propres au rapport juridique qui attribue à ces détenteurs un droit sur la chose, et dans les principes mêmes de l'équité.

La question que nous allons traiter dépasse donc un peu le cadre de cette section, et la solution adoptée produira encore ses conséquences dans les sections ou chapitres suivants.

253. — I. L'article 555 est-il général ?

Non, répondent quelques auteurs, et particulièrement M. Laurent. Cet auteur se signale dans toute sa doctrine par sa préoccupation constante de rester fidèle au texte. Et pour fonder sa réponse négative, il tire argument des termes mêmes de l'article 555.

Dans sa dernière phrase, en effet, cet article dit : « Néanmoins si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits *par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi.....* ». Il y a là certainement une antithèse voulue par le législateur.

Il s'agit dans tout le texte de *tiers évincés*, c'est-à-dire de possesseurs *stricto sensu*. Dans la seconde partie, il traite du possesseur de bonne foi ; dans la première, il faut décider par un *a contrario* qu'il s'agit du possesseur de mauvaise foi. L'unique hypothèse prévue et régie dans l'ensemble de l'article 555 est celle du possesseur en conflit avec le véritable propriétaire qui l'actionne en revendication et qui l'évince. Telle n'est la situation ni du locataire, ni de l'usufruitier, ni d'aucun détenteur précaire.

Le mot *tiers* lui aussi indique bien qu'il ne peut être question du locataire dans notre article. Vis-à-vis du propriétaire,

le locataire est lié par un contrat : il y a deux parties à un même rapport juridique, et non des tiers, des étrangers. Le preneur est l'ayant cause du bailleur : et on viendrait essayer de lui appliquer un texte où il est question de *tiers*, alors que justement les mots tiers et ayant cause sont absolument contradictoires.

L'article parle de *tiers évincés*. Il ne peut pas être, en parlant du locataire, plus question d'éviction que de tiers. Il n'y a, lorsque le locataire cesse de jouir de la chose, ni revendication, ni éviction. C'est le jeu naturel du contrat de bail : quand le laps de temps convenu s'est écoulé, c'est l'exécution même du contrat qui oblige le locataire à quitter les lieux.

Le texte donc commande cette solution. L'esprit de la loi est d'accord avec lui.

254. — Pourquoi le législateur a-t-il écrit cet article 555 ? Quand un propriétaire triomphe d'un possesseur, son droit de propriété est absolu : aucun lien juridique n'existe entre le possesseur et le propriétaire ; le premier n'aurait donc aucun droit contre le second. Il importait, dans ce cas, que l'équité vint tempérer la rigueur du droit ; il importait qu'en présence du possesseur de bonne foi le propriétaire fût contraint à quelques ménagements. Voilà pourquoi les auteurs du Code ont tenu à régler les droits respectifs du propriétaire et du possesseur, le montant de l'indemnité, etc.

Mais, entre le bailleur et le locataire, la situation n'est pas du tout la même. Les deux parties se connaissent ; il y a entre elles un contrat qui les lie. Ce contrat est la loi des parties ; le Code civil a fixé des règles pour son interprétation, et là où ces règles sont insuffisantes, il est tout naturel de recourir à l'équité à laquelle les parties s'en sont évidemment rapportées pour tout ce qu'elles n'ont pas prévu au con-

trat. C'est au titre du louage qu'il faut chercher les règles qui nous permettront de statuer sur notre hypothèse ; il est inutile d'essayer d'étendre l'article 555 qui ne permet rien de semblable.

255. — Cherchons donc dans les règles du louage. Et nous y trouvons l'article 1730 qui décide que : « Le preneur doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue..., excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure ». Ce texte permet au propriétaire d'exiger que le preneur lui rende la chose dans l'état où il l'a reçue, et par conséquent qu'il démolisse les constructions qu'il a élevées. Le locataire ne peut se plaindre de la rigueur de cette solution : il savait parfaitement à quoi il s'exposait, il ne pouvait ignorer que le terrain sur lequel il construisait appartenait à autrui. Le propriétaire, d'autre part, s'il désire conserver les bâtiments édifiés par son locataire, s'entendra avec lui à ce sujet, il conclura avec lui toutes les conventions qu'il lui plaira. Et le droit pour le locataire d'enlever ses constructions sera pour le propriétaire trop parcimonieux une juste menace. Ainsi le propriétaire sera amené à payer les constructions ce qu'elles valent.

Le cas est donc parfaitement réglé par les principes du contrat de bail et par l'équité. Le législateur n'avait pas à intervenir davantage, et l'article 555 ne peut s'appliquer qu'au seul cas qu'il vise textuellement.

Tel est le système soutenu par M. Laurent, et déjà avant lui par MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain (1).

(1) LAURENT, t. VI, n° 275. — DU CAURROY, BONNIER ET ROUSTAIN, t. II, art. 555, n° 110. — Cprz POTHIER, *Traité du Louage*, n° 191. — AGNEL ET CARRÉ, *Code manuel des prop. et des locat.*, n° 916. — MARCADÉ, art. 1730, n° 1. — ROLLAND DE VILLARGUES, v° *Bail*, n° 484. — TOULLIER, t. III, n° 130. — TROPLONG, n° 358-2°.

A cette opinion s'est rangée la Cour de cassation par un arrêt du 17 janvier 1870, Sir., 1871. I. 57.

V. CUENOT, p. 166 et s.

256. — II. Bien que ces arguments semblent fort judicieusement déduits, ils ne nous paraissent point sans réponse. On peut expliquer d'une façon moins étroite le texte de l'article 555, et cette explication nous semble préférable.

Que la dernière phrase de l'article 555 vise uniquement le possesseur de bonne foi, cela ne fait aucun doute. Mais peut-on en déduire que toute la première partie du texte vise uniquement et exclusivement le possesseur de mauvaise foi, en prenant ce mot dans le sens le plus strict, c'est là ce que nous contestons.

Sans doute, l'hypothèse d'un tiers possédant *animo domini* un fonds appartenant à un autre est la première qui se présente à l'esprit lorsqu'on lit l'article 555 ; que cette hypothèse ait été, comme le fait remarquer M. Demolombe, le principal objet de la préoccupation du législateur dans notre article, cela semble fort probable et nous l'admettons facilement. Que ce soit l'objet unique et exclusif, c'est ce que nous nions.

257. — La première partie du texte de l'article 555, la seule, nous le savons, qui ait été écrite d'un seul jet, puisque la seconde est, en quelque sorte, un morceau rapporté, la première partie de l'article 555 nous paraît très favorable à notre solution. Le mot *possesseur* n'y est point écrit une seule fois. Le texte emploie une autre expression, celle de *tiers*. Or cette expression a été employée à dessein, c'est une expression beaucoup plus large que celle de possesseur. Notre texte met en opposition, d'une part, le propriétaire du fonds, et, d'autre part, les tiers, c'est-à-dire quiconque n'est pas propriétaire du fonds.

On prétend contredire à cette explication en invoquant la dernière phrase de l'article 555. Mais l'argument *a contrario* qu'on en tire est bien faible si l'on considère que cette frac-

tion de texte n'a été écrite qu'après coup, peut-être par d'autres rédacteurs ; qu'il a été placé là uniquement pour viser un cas tout particulier, celui du possesseur de bonne foi. Les termes qu'on invoque ne sont autre chose que la définition du possesseur de bonne foi : « Le tiers évincé qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi. » C'est un renvoi aux articles 549 et 550.

La base du système que nous combattons est un argument *a contrario*. Or, d'une façon générale, il faut toujours craindre les arguments *a contrario* : c'est, somme toute, faire dire à quelqu'un ce qu'il n'a pas dit. On ne doit admettre ce genre d'arguments que lorsque, raisonnant *a contrario* d'une exception, on tend à rentrer dans une règle générale. Ici, où est la règle générale ? L'argument *a contrario* seul ne peut suffire à justifier un système.

Mais, il y a plus : la règle générale, c'est nous qui pouvons l'invoquer. L'article 555, dans sa première partie tout au moins, est une règle de raison, l'application de l'équité. Il est donc de ces textes qui peuvent s'étendre et non de ceux qu'on doit restreindre comme exceptionnels. Or ici, nous sommes dans une hypothèse présentant la plus grande analogie avec le cas explicitement prévu au texte, et, s'il en était besoin, rien ne nous empêcherait d'argumenter par analogie.

258. — L'article 555 est donc applicable au locataire constructeur. En admettant cette règle, nous nous trouvons d'accord avec la meilleure partie de la doctrine et avec une jurisprudence à peu près constante (1).

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 204, texte et note 22, p. 263 et 264. — DEMO-LOMBE, t. IX, nos 692 et 693. — DURANTON, t. IV, n° 581. — DUVERGIER, *du Louage*, t. 1^{er}, n° 457 et s. — GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. 1^{er}, nos 294-301. — PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1456. — TROPLONG, *du Louage*, t. II, n° 354.

Cass., 3 janvier 1849, Sir., 1849. I. 95. — Orléans, 20 avril 1849, Sir., 1849.

259. — Nous appliquerons au preneur l'article 555 et nous le traiterons comme un possesseur de mauvaise foi.

Quelques auteurs ont soutenu qu'il fallait l'assimiler au possesseur de bonne foi et refuser au bailleur le droit d'exiger la démolition des ouvrages. Le propriétaire se libérerait en payant au constructeur, soit la plus-value, soit l'impense, à son choix.

Cette doctrine s'appuie sur des raisons d'équité. Il est impossible de traiter le locataire comme un usurpateur, comme une personne dépourvue de tout droit et de tout titre. Le preneur ne prend possession de l'immeuble qu'en vertu du bail que lui a concédé le propriétaire : il a donc incontestablement des droits sur l'immeuble. En construisant, sans doute, il les a outrepassés : mais il n'y a pas eu d'usurpation. Il y a là une différence qui milite sérieusement en sa faveur : on ne peut se montrer vis-à-vis d'un locataire aussi rigoureux que vis-à-vis d'un usurpateur ; son bail doit lui constituer un titre à la faveur du législateur : il faut le traiter comme un possesseur de bonne foi (1).

Cette opinion pourrait peut-être être admise par un législateur, elle ne peut être soutenue par un interprète. Elle est d'ailleurs à peu près abandonnée aujourd'hui.

260. — Cette théorie nous semble absolument contraire à la raison d'abord, aux règles du louage ensuite.

En raison, on ne peut soutenir qu'un locataire soit un possesseur de bonne foi. La précarité est la négation même de la bonne foi : il y a absolue contradiction à déclarer de bonne

II. 597. — Cass., 1^{er} juillet 1851, Sir., 1851. I. 481, et Dall., 1851. I. 249. — Cass., 7 avril 1862, Sir., 1862. I. 459.

MICOLESKO, p. 225-227.

(1) DEMANTE, t. II, n° 392 bis, II. — DURANTON, t. IV, n° 581. — DUVERGIER, *du Louage*, t. I^{er}, n° 457 et s. — PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1456. — TROPLONG, *du Louage*, t. II, n° 354.

foi un détenteur précaire. Le locataire ne remplit aucune des conditions requises par l'article 550 : il a un titre, mais loin d'être translatif de propriété, ce titre stipule bien qu'il ne s'agit que d'un bail et fixe lui-même le terme de la jouissance. En outre, il ne faut pas plaindre hors de raison le preneur qui a construit : en construisant, il savait très bien quels dangers il courait.

L'application au preneur du traitement accordé par l'article 555 *in fine* au possesseur de bonne foi arriverait à un résultat inique et contraire à l'article 1730 du Code civil. Le bailleur serait obligé de conserver la construction : on lui supprimerait le droit de démolition. L'obligation de garder le bâtiment a pour corollaire l'obligation de payer une indemnité. Résultat inacceptable, disions-nous : on ne peut, en principe, imposer à quelqu'un une obligation sans son consentement ; forcer le propriétaire à conserver les ouvrages, ce serait parfois encourager les locataires à élever sur l'immeuble loué des constructions de toutes sortes, qui mettraient peut-être le propriétaire fort dans la gêne, quand il lui faudrait payer une indemnité souvent considérable pour des bâtiments dont il n'aurait que faire.

Surtout, c'est contredire à l'article 1730. Le preneur, aux termes de ce texte, doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue. C'est donc que le propriétaire peut toujours exiger l'enlèvement des travaux et la remise des lieux en leur état primitif (1).

261. — Si l'édifice convient au bailleur, celui-ci, loin de demander la démolition, le conservera. Il le peut évidemment : nous avons vu, en effet, que, par droit d'accession, il est devenu propriétaire du bâtiment le jour même de sa construc-

(1) Cprz Bordeaux, 4 mars 1856, Dall., 1856. II. 206. — Cass., 17 janvier 1870, Dall., 1870. II. 293.

tion. Le locataire ne pourrait donc, sous prétexte de remettre les lieux en l'état où il les a reçus, démolir ce qu'il avait construit.

Mais il est évident aussi que le bailleur ne peut conserver le bâtiment qu'a élevé le preneur sans payer une indemnité au constructeur : ce serait violer d'une façon flagrante le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

Quel sera le montant de cette indemnité ?

262. — Nous appliquerons l'article 555, que nous avons reconnu applicable en cette matière. L'article 1730 ne fait que proclamer le droit pour le propriétaire d'exiger que le preneur rende les lieux en leur état primitif : il est muet relativement au cas où le bailleur veut conserver les ouvrages.

Le propriétaire devra donc rembourser au constructeur le montant intégral de ce que lui ont coûté les travaux. C'est la conséquence nécessaire de l'application que nous faisons au preneur du traitement du possesseur de mauvaise foi. Il y a une véritable corrélation entre le droit d'exiger la suppression des travaux et l'obligation de payer intégralement l'indemnité au cas de conservation des constructions. De deux choses l'une : ou bien le propriétaire déclare garder les bâtiments, il approuve les constructions, il fait en quelque sorte l'affaire sienne, ou bien il trouve l'affaire mauvaise, il refuse les constructions et exige la reddition des lieux tels qu'ils étaient au commencement du bail. Telle a été, nous l'avons dit, la pensée du législateur.

Les principes de l'équité et du droit ne semblent plus d'accord avec notre solution. Le propriétaire est tenu à une indemnité envers le constructeur parce qu'il s'enrichit aux dépens de ce dernier : il ne doit être tenu que dans la mesure de cet enrichissement. La solution exacte serait donc que le

bailleur payât seulement une somme égale à la plus-value donnée à son immeuble par la construction.

Nous avons déjà discuté ce point à propos du possesseur de mauvaise foi (1). Nous avons montré le correctif. Grâce à son droit d'exiger la démolition, le propriétaire est toujours maître de la situation : le plus souvent l'affaire se terminera par une transaction entre la bailleur et le constructeur ; le premier saura bien ne payer que la plus-value, si même il consent à la payer (2-3).

§ 4. — Des travaux autres que les constructions.

263. — En appliquant l'article 555 aux travaux faits par le preneur sur l'immeuble loué, nous n'avons entendu parler que des ouvrages pour lesquels ce texte a été écrit, c'est-à-dire des ouvrages nouveaux, formant un tout, et susceptibles d'enlèvement. Nous avons laissé de côté un certain nombre de travaux dont nous devons maintenant déterminer la situation juridique.

264. — I. Certains objets, bien que fixés au sol ou au bâtiment loué, n'ont cependant pas été attachés à perpétuelle demeure : ils sont plutôt déposés, ils restent susceptibles d'enlèvement. Ce sont alors des meubles comme d'autres. Le preneur en a conservé la propriété : il aurait pu les enle-

(1) V. *supra*, n^{os} 172 et 173.

(2) V. *supra*, n^o 175.

(3) AGNEL et CARRÉ, *Code manuel des propr. et des loc.*, n^o 915. — AUBRY et RAU, t. II, § 204, texte et note 22, p. 263 et 264. — DEMOLOMBE, t. IX, n^o 693. — DUBOIS, *Revue critique*, année 1862, t. XIV, p. 176. — GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. I^{er}, n^{os} 297 et 300.

Cass., 3 janvier 1849, Sir., 1849. I. 95. — Orléans, 20 avril 1849, Sir., 1849. II. 597. — Cass., 1^{er} juillet 1851. Sir., 1851. I. 481. — Trib. Chambéry, 28 juin 1888, *la Loi* du 8 octobre 1888.

ver et les vendre pendant la durée du bail, il peut les emporter lorsqu'il rend l'immeuble au propriétaire.

Cette décision particulière s'appliquera notamment aux machines destinées à fonctionner dans l'immeuble loué, mais qui n'y sont pas incorporées. Il en sera de même pour les glaces, trumeaux, etc., qui ne sont que provisoirement fixés à l'immeuble et qui peuvent facilement être enlevés (1).

265. — Certains auteurs ont proposé une distinction que nous croyons devoir signaler pour la repousser. Il faut, selon eux, considérer si les objets sont rares et précieux ou s'ils sont de ceux qu'il est aisé de remplacer en s'en procurant de semblables. Le locataire pourrait toujours enlever les premiers, mais il devrait laisser les seconds, si le propriétaire lui offre de lui en payer la valeur.

Remarquons combien sont vagues les catégories établies : souvent un objet fort ordinaire est, aux yeux de son propriétaire, très précieux à raison des souvenirs qui s'y attachent. Ensuite, sur quoi se base cette distinction ? Son arbitraire doit le faire rejeter.

266. — II. Les travaux qui ne peuvent s'enlever sont traités comme réparations ou améliorations. Le preneur, par exemple, a fait remettre en état un bâtiment délabré, il a fait réparer la toiture de la maison louée, il a agrandi un hangar, il a fait des embellissements, remplaçant le bois par le marbre, la chaux par la peinture. Dans toutes ces hypothèses, très fréquentes en pratique, que décider ?

Nous avons déjà discuté la même question à propos du

(1) LEPAGE, *Lois des bâtiments*, 2^e partie, ch. III, art. 1^{er}, p. 190 et s. — TROPLONG, t. I^{er}, n^o 354.

Rouen, 31 janvier 1846. J. du P., 1846, 2^e partie, p. 103.

CPRZ PONT, *des Priv. et Hypoth.*, n^o 634. — PERSIL, *Questions sur les hypoth.*, t. II, p. 291. — MERLIN, *Rep. V^o Hypoth.*, sect. III, § 3, art. 3, n^o 6.

possesseur. Nous sommes ici en présence d'impenses auxquelles il faudra appliquer les règles de la matière, et notamment, s'il y a lieu, les dispositions de l'article 1381. Nous retrouvons l'ancienne division des impenses en trois classes : les impenses nécessaires, utiles et voluptuaires. Rappelons rapidement, en nous plaçant au point de vue particulier des relations de bailleur à preneur, les solutions admises pour chaque catégorie.

267. — A. Les *impenses nécessaires* sont toujours remboursées intégralement. C'est ce que veut avec raison l'article 1381. Ce sont de ces impenses que le bailleur eût dû faire lui-même si son locataire n'y avait procédé. En le faisant, le preneur a fait acte de bonne administration, il a évité au bailleur un préjudice considérable. Il est de toute justice que le preneur en soit absolument indemnisé. D'ailleurs si le bailleur ne payait pas, il s'enrichirait évidemment aux dépens de son locataire, car celui-ci l'a enrichi en lui évitant une perte.

C'est la décision que donnait déjà Pothier : « La bonne foi oblige le locateur de rembourser au locataire toutes les impenses nécessaires et extraordinaires qu'il a faites à l'égard de la chose louée (1). »

C'est à bon droit qu'un arrêt (2) a décidé qu'un fermier qui a reconstruit le toit d'une grange, même sans avertir au préalable le bailleur, n'est pas pour cela non recevable à réclamer le remboursement de ses impenses, s'il est prouvé que la reconstruction était indispensable.

Il n'y a d'exception à la règle du remboursement des im-

(1) POTHIER, *Traité de Louage*, nos 129 et 130.

(2) Douai, 23 mars 1842, Sir., 1842. II. 482, et Dall.; 1842. II. 199.

penses nécessaires que pour les réparations dites locatives qui restent toujours à la charge du preneur (1).

268. — B. Les *impenses utiles* ne sont en général remboursées au locataire que si le propriétaire les a commandées. Le preneur peut d'ailleurs enlever tout ce qui peut être détaché sans dégradations : il satisfait aux prescriptions de l'article 1730 en rendant l'immeuble dans l'état où il l'a reçu, il ne peut être tenu de le rendre amélioré. Ici encore on suit toujours la doctrine de Pothier : « A l'égard des dépenses seulement utiles qu'un locataire aura faites, il ne peut pas s'en faire rembourser par le locateur qui n'a point donné ordre de les faire ; mais il doit au moins être permis à ce locataire d'enlever à la fin du bail tout ce qu'il pourra enlever, en rétablissant les choses à ses dépens dans l'état où elles étaient, en sorte que la maison n'en reçoive aucun dommage » (2).

Si telle est encore la règle aujourd'hui, il faut remarquer que le texte de l'article 1381 la corrige en ce qu'elle pourrait avoir de trop rigoureux. Il parle des « dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose ». Il faut donc admettre, ainsi que nous l'avons fait pour le possesseur, que le locataire pourra obtenir le remboursement intégral des impenses qui, sans être rigoureusement et absolument nécessaires, présentent cependant un caractère de

(1) DOMVT, *Lois civ.*, tit. du Louage, sect. VI, n° 3. — AGNEL et CARRÉ, *Code man. des propr. et des locat.*, n° 916. — DALLOZ, *Rep. met.*, V° *Louage*, n° 557, et *supp.*, *eod. v°*, n° 318. — DURANTON, t. XVII, n° 219 et s. — DUVERGIER, *du Louage*, t. I^{er}, n° 456 et s. — GUILLOUARD, *Contrat du Louage* t. I^{er}, n° 296. — MARCADÉ, sur l'art. 1730, n° 1. — MASSÉ et VERGÉ, sur Zachariæ, t. IV, § 702, note 25, p. 375. — PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. I^{er}, n° 1456. — TOULLIER, t. III, n° 130. — TROPLONG, t. I^{er}, n° 352.

Trèves, 7 juillet 1804, Sir. C. N., 3^e vol., 2^e partie, 519. — Bourges, 3 juin 1840, Dall., 1841. II. 122.

(2) POTHIER, *Traité du Louage*, n° 131.

grande utilité et comme telles méritent d'être plus favorablement traitées que des dépenses simplement utiles.

D'ailleurs pour que le locataire ait droit au remboursement de ses impenses utiles, il n'est pas nécessaire que l'ordre de les faire ait été expressément donné par le locateur : on admet comme suffisante une autorisation tacite. Si les travaux ont lieu au vu et au su du propriétaire, sans opposition aucune de sa part, on peut considérer que ce silence vaut approbation, autorisation : le locataire est considéré comme gérant d'affaires ou comme mandataire tacite.

C'est ce qu'a jugé un arrêt déjà ancien de la Cour de Colmar. Des travaux excédant les réparations locatives ayant été faits par le locataire, la Cour les a mises solidairement à la charge du bailleur et du preneur, bien que celui-ci les eût seul ordonnées, parce qu'elles avaient été faites au vu et au su du propriétaire, sans opposition de sa part et qu'elles lui étaient profitables (1),

269. — C. Les *dépenses voluptuaires*, ou de pur agrément, n'ajoutent rien à la valeur du fonds, par définition. Dès lors, le propriétaire, ne s'enrichissant pas de leur conservation ne peut être tenu d'en indemniser le locataire. Nous admettrons celui-ci à en emporter tout ce qu'il pourra enlever sans détérioration pour l'immeuble loué et qui, détaché, aura encore quelque valeur. Mais nous n'admettrons pas, s'il s'agit par exemple de peintures murales, un grattage ou une destruction dont le seul mobile est la méchanceté et dont personne ne retire profit. C'est le cas ou jamais d'appliquer la vieille maxime, aussi bonne en droit qu'en morale : *Malitiis non est indulgendum*.

Déjà dans l'ancien droit un arrêt du Parlement de Paris,

(1) Colmar, 19 novembre 1830, Sir., 1831. II. 286.

confirmant une sentence du Châtelet, avait condamné à des dommages-intérêts un locataire qui, n'ayant pu obtenir du propriétaire une indemnité pour des améliorations, avait arraché les papiers et gratté les peintures (1).

Dans un cas à peu près identique, la Cour de Lyon s'est prononcée dans le même sens. Elle proclame très énergiquement le principe que nous avons invoqué ; voici les termes mêmes de l'arrêt : « Le locataire n'a pas le droit de détruire les peintures en remettant les lieux dans l'état où ils se trouvaient auparavant, parce que ce serait contraire au principe qui ne permet pas de faire le mal d'autrui sans intérêt pour soi-même (2) ».

Cette solution nous semble parfaitement exacte en droit, en équité et en raison (3).

§ 5. — Des clauses relatives aux constructions insérées au bail.

270. — Si des causes particulières ont été insérées au bail relativement aux constructions que le preneur élèverait sur l'immeuble loué, ces clauses font la loi des parties. Les droits respectifs du bailleur et du preneur se trouvent réglés par ces conventions. Le rôle du juge consiste essentiellement en leur interprétation (4).

Les clauses de ce genre sont assez fréquentes. Nous pou-

(1) LEPAGE, *Lois des bâtiments*, t. II, p. 188-189.

(2) Lyon, 13 janvier 1875, Sir., 1875. II. 365, et Dall., 1877. II. 64.

(3) DEMOLOMBE, t. IX, n° 689. — DUVERGIER, *du Louage*, t. I^{er}, n° 458. — GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. I^{er}, n° 296. — MARCADÉ, sur l'article 1730, n° 1. — MASSÉ et VERGÉ, sur Zachariæ, t. IV, § 702, note 25, p. 375 et s. — TROPLONG, *du Louage*, t. I^{er}, n° 356.

Contra LAURENT, XXV, n° 185. — Trib. de Lyon, 11 mai 1874 (infirmé par l'arrêt précité).

(4) AUBRY et RAU, t. II, § 204, p. 262.

vons en signaler quelques-unes parmi celles dont on a le plus fréquemment des exemples.

1° Le bailleur stipule que le preneur devra à la fin du bail lui laisser les constructions qu'il aura élevées, moyennant une indemnité égale à la plus-value, ou à fixer par expert.

2° Le bail porte que les bâtiments resteront au bailleur moyennant une somme fixée d'avance ou moyennant une indemnité qui ne pourra être supérieure à un chiffre déterminé (1).

3° Le preneur est obligé de laisser à la fin du bail les constructions, sans indemnité aucune : cela modifie la nature du droit du locataire, en ce sens que cette clause ne lui laisse plus que le droit de jouissance et lui enlève le droit de créance d'argent ou de matériaux qui lui appartient en cas de silence du bail.

4° Souvent il est dit au bail, que, contrairement à la règle que nous avons admise, le supplément d'impôt foncier dû aux constructions sera à la charge du preneur (2).

Telles sont les plus fréquentes. Il est évident qu'il peut en être inséré un très grand nombre : leur énumération serait aussi fastidieuse qu'inutile. C'est avant tout une question de fait et d'interprétation.

Souvent les clauses insérées au bail ont pour résultat de conférer au preneur la propriété des constructions. Nous les verrons au chapitre de la superficie.

SECTION II. — Des constructions élevées par un emphytéote.

271. — C'est une question bien connue que la célèbre controverse relative à l'emphytéose. Que faut-il penser de l'em-

(1) Cass., 1^{er} août 1859, *Dall.*, 1859. I. 353.

(2) V. Trib. de la Seine, 26 novembre 1872, *Dall.*, 1873. III. 104.

phytéose ou bail emphytéotique ? Est-ce là un contrat particulier, créant au profit de l'emphytéote un droit réel sur l'immeuble ? Faut-il y voir seulement une sorte de bail à long terme, ne donnant au preneur qu'un droit personnel et mobilier ?

Nous n'avons pas dans cette étude, à discuter à fond cette controverse qui divise la doctrine. La jurisprudence, il faut le reconnaître, est unanime à admettre le système que nous repoussons. Nous nous bornerons à indiquer les principales conséquences de chaque opinion en ce qui concerne les constructions élevées par l'emphytéote et à justifier en quelques mots celle que nous croyons exacte.

272. — Tous les auteurs — peu nombreux, il est vrai — qui admettent que le simple locataire a sur le fonds loué un droit réel immobilier, doivent, à plus forte raison, reconnaître au preneur à emphytéose un droit réel.

Il ne peut donc se présenter de controverse dans le système de M. Troplong. C'est par une conséquence logique de sa théorie sur le contrat de bail que cet auteur a été conduit — *a fortiori* — à considérer le contrat de bail emphytéotique comme conférant au preneur un droit réel (1).

Et dès lors, l'emphytéote constructeur aura sur les bâtiments qu'il a élevés le même droit que sur le sol, c'est-à-dire un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque ou d'antichrèse, comme le droit d'emphytéose primitif ; la vente de son droit sur les constructions sera une vente immobilière ; les créanciers personnels de l'emphytéote pourront saisir ce droit, et les formes de cette saisie seront celles de la saisie immobilière, etc., etc.

273. — La controverse ne s'élève donc que parmi ceux qui,

(1) TROPLONG, *du Louage*, t. I^{er}, n^o 50 ; *des Hypothèques*, t. II, n^o 405.

avec nous, reconnaissent que le droit du locataire est personnel et mobilier.

Un parti très important de la doctrine et une jurisprudence constante font de l'emphytéose un contrat bien distinct du louage. L'emphytéote a, comme en droit romain et dans l'ancien droit, un droit réel sur l'immeuble. Ce droit réel portera sur les constructions élevées par l'emphytéote comme il portait déjà sur le terrain lui-même : il pourra être saisi dans les formes de la saisie immobilière, hypothéqué (1) ou donné en antichrèse ; il pourra faire l'objet d'une action pétitoire ou possessoire ; sa cession constituera une rente immobilière, et, comme telle, sera soumise aux droits qui frappent les mutations immobilières (2), etc., etc.

Ajoutons que si M. Laurent considère l'emphytéose comme un droit réel, son autorité ne saurait être invoquée par les partisans du système que nous repoussons. S'il en décide ainsi, c'est qu'une loi belge du 10 janvier 1824, complétant par deux titres supplémentaires le livre II du Code civil, est venue trancher les controverses d'école qui se débattaient au sujet de la superficie et de l'emphytéose depuis la promulga-

(1) Cette conséquence du caractère réel et immobilier de l'emphytéose n'est pas admise par tous ceux qui lui reconnaissent ce caractère, à raison des termes limitatifs de l'article 2118 Civ.

(2) BATTUR, *des Hypoth.*, t. III, n° 246. — DURANTON, t. IV, n° 80, et t. XIX, n° 268. — DUVERGIER, *du Louage*, t. I^{er}, n°s 142 et s. — FAVARD, *Nouv. Répertoire*, V° *Hypothèque*, n° 2. — MARCADÉ, sur l'article 526, III. — MERLIN, *Questions de droit*, V° *Emphytéose*, Sect. V, n° 8. — PÉFIN LE HALLEUR, *Histoire de l'Emphytéose*, p. 328 et s. — PERSIL, *du Régime hypothécaire*, sur l'article 2118, n° 5. — PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. I^{er}, n° 97. — CHAMPIONNIÈRE ET RIGAUD, *Traité des droits d'Enregistrement*, t. IV, n° 3071.

Cass., 26 juin 1822, Sir. C. N., t. VII, I, 99. — Paris, 10 mai 1831, Sir., 1831. II. 153. — Cass., 19 juillet 1832, Sir., 1832. I. 531. — Douai, 15 décembre 1832, Sir., 1833. II. 65. — Cass., 26 janvier 1864, Sir., 1864. I. 94. — Alger, 8 avril 1878, Sir., 1878. II. 296. — Cass., 22 juin 1885, *Gazette des Tribunaux*, n° 22-23 juin 1885.

tion du Code en 1804. Cette loi fait de l'emphytéose comme de la superficie un droit réel dont elle règle les conditions et la portée (1).

274. — Nous croyons que l'emphytéose n'existe plus dans notre Code civil comme contrat spécial conférant un droit réel.

En droit romain, cela est certain, le contrat d'emphytéose, usilé surtout comme mode de concession des biens des cités et autres *universitates*, donnait au preneur une action *in rem* ; sa possession était défendue par des interdits. De même, dans notre ancien droit, l'emphytéote avait le domaine utile.

Le droit intermédiaire attaqua le droit d'emphytéose, il l'affaiblit. Jusqu'alors perpétuel, ce droit ne pût plus, aux termes de la loi du 18 décembre 1790, être concédé que pour quatre-vingt-dix-neuf ans ou une moindre durée. La loi du 11 brumaire an VII supprima le domaine utile et désormais le contrat d'emphytéose ne conféra plus qu'un droit réel analogue à celui de l'usufruitier.

Le Code civil a été plus loin : il a supprimé complètement ce droit en tant que droit particulier et réel. Cela nous semble résulter des travaux préparatoires et des textes mêmes du Code.

275. — L'article 2118, qui énumère les droits susceptibles d'être hypothéqués, a été emprunté à l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII. Ce dernier texte indiquait l'emphytéose parmi les droits pouvant être affectés d'hypothèque. Or, cette mention a été supprimée dans l'article 2118, et le mot emphytéose n'est écrit nulle part dans notre Code civil.

Cette suppression est plus significative encore si on en

(1) LAURENT, t. VIII, n^{os} 340 et s.

rapproche les paroles par lesquelles Tronchet l'expliquait : « Maintenant l'emphytéose n'aurait plus d'objet : il est donc inutile de s'en occuper. »

Enfin à plusieurs reprises, le Code énumère les droits réels qu'il admet : et ces énumérations ne signifieraient rien si elles n'étaient limitatives. Or nulle part nous ne trouvons mention de l'emphytéose (1). Nulle part, non plus, dans les divers Codes, nous ne trouvons ce mot usité.

276. — L'emphytéose n'existe donc plus comme contrat particulier. Ce n'est plus qu'un bail à long terme. Le droit de l'emphytéote ne diffère que par sa durée de celui du locataire ordinaire : c'est un droit personnel et mobilier, tant sur le sol que sur les constructions qui s'y élèvent (2).

Nous n'admettons donc ni hypothèque, ni antichrèse, ni saisie immobilière sur ces constructions, ni perception du droit des mutations immobilières sur leur cession. D'une façon générale, nous appliquons à l'emphytéote toutes les décisions que nous avons données dans la section précédente pour le locataire.

277. — Nous repoussons donc la doctrine d'un arrêt de Douai qui décide que, en l'absence de toute clause relative aux constructions élevées par l'emphytéote, le propriétaire, à l'arrivé du terme, reprendra ces constructions sans avoir à payer aucune indemnité au constructeur. Nous croyons cette règle inexacte.

L'emphytéose, nous l'avons établi, n'existe plus comme

(1) V. art. 526, 543 et 2118 C. civ.

(2) AUBRY et RAU, t. II, n° 224 bis, p. 446, 456. — DELVINCOURT, t. III, p. 185 et notes. — DEMOLOMBE, t. IX, nos 489-491 et 529. — GRENIER, *des Hypothèques*, t. I^{er}, § 198, p. 143. — GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. 1^{er}, n° 10. — RODIÈRE et PONT, du *Contrat de mariage*, t. I^{er}, n° 338. — TOULLIER, t. III, n° 101. — VALETTE, *des Priv. et Hypoth.*, t. I^{er}, p. 191 et s. — ZACHARIE, t. I^{er}, § 198, n° 10.

Trib. de la Seine, 2 juillet 1830, Sir., 1830. II .215.

droit réel, ni même comme contrat spécial : il faut lui appliquer les règles du bail. En l'absence de toute clause et de toute indication, il faudra déclarer que le propriétaire, à l'expiration du bail emphytéotique, pourra à son choix, exiger la démolition des constructions, ou les garder en indemnisant l'emphytéote.

Toutefois, étant donné le principe fondamental de la liberté des conventions, et étant donné aussi que le juge doit interpréter les termes du contrat en recherchant surtout la volonté des parties, il se pourra que, sans que le bail emphytéotique contienne aucune clause spéciale et explicite, on soit amené dans un certain nombre de cas à décider que les constructions resteront au propriétaire, sans aucune indemnité pour le preneur. Cela résultera soit de l'esprit même du contrat passé dans le but d'améliorer l'héritage donné en emphytéose, soit de la modicité de la redevance annuelle, fixée à un prix bien inférieur à la valeur réelle de la jouissance de l'immeuble, pour permettre au preneur de construire ; les constructions devant, à la fin du bail, constituer pour le propriétaire un bénéfice équivalent à la différence entre la véritable valeur locative de son terrain et la modique redevance payée par l'emphytéote.

Mais c'est là une question de fait. Sans doute on peut être ainsi amené dans bien des cas à une solution semblable à celle admise par le tribunal de Dunkerque et par la Cour de Douai. Mais il faut maintenir le principe que nous avons posé, ne pas confondre le droit et le fait, la règle et l'exception (1).

278. — Le Code rural, — ce projet de Code rural que le Parlement remet sur le métier de temps en temps — donnera une autre théorie de l'emphytéose.

(1) Douai, 8 février 1878. *Sir.*, 1881. II. 260.

S'il est vrai qu'une loi est d'autant mieux faite qu'elle a été plus longuement préparée, notre Code rural sera un chef-d'œuvre. Voici bientôt dix-sept ans que le projet en a été déposé, et c'est à peine si quelques titres en ont été jusqu'alors promulgués en lois détachées.

Le projet en question — par une disposition sur la nécessité de laquelle on pourrait discuter — rétablit l'emphytéose comme droit réel. Quand, dans quelques années, ce projet aura reçu la quadruple sanction de nos deux Chambres, il faudra admettre avec toutes ses conséquences la théorie enseignée aujourd'hui par M. Laurent sous une législation analogue.

SECTION III. — Des constructions élevées par un commodataire.

279. — Le commodat ou prêt à usage peut, bien que la chose soit assez rare en pratique, porter sur un immeuble (1).

Nous devons donc nous poser, en ce qui concerne le commodataire, les questions que nous avons déjà résolues relativement au preneur à bail :

1° Peut-il construire ?

2° Situation juridique des constructions pendant la durée du prêt.

3° *Quid* lors de la restitution de l'immeuble ?

4° Travaux autres que les constructions.

Les explications déjà données à propos du locataire nous permettront d'être brefs.

(1) POTHIER, *Traité du Prêt à usage*, n° 14. — AUBRY et RAU, t. IV, § 391, texte et note 1, p. 594. — DURANTON, t. XVII, n° 501. — PONT, *des Petits Contrats*, t. 1^{er}, n° 37. — TROPLONG, *du Prêt*, n° 36. — GUILLOUARD, *Contrat de Prêt*, n° 15.

§ 1. — **L'emprunteur à usage peut-il construire ?**

280. — Une réponse négative s'impose. Aux termes de l'article 1880, l'emprunteur « ne peut se servir de la chose prêtée qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu. » Si donc l'immeuble prêté est un fonds de terre ou un jardin, le commodataire ne doit s'en servir que comme d'un fonds de terre ou d'un jardin ; il ne peut y construire.

Il n'en serait autrement qu'au cas où le contrat de prêt renfermerait l'autorisation de construire, ou si, dans l'intention des parties, le fonds n'était prêté au commodataire que dans le but d'y élever un bâtiment. Dans ces diverses hypothèses la convention fera la loi des parties.

§ 2. — **Situation juridique des constructions pendant le prêt.**

281. — Rien ne nous paraît s'opposer ici à l'application du principe de l'accession.

Si donc, excédant son droit, l'emprunteur a élevé un bâtiment sur l'immeuble prêté, ce bâtiment deviendra par droit d'accession la propriété du prêteur. Le commodataire n'aura sur lui que le droit personnel de jouissance que lui confère le contrat de prêt. Il ne pourra donc démolir le bâtiment une fois élevé, il ne pourra le grever d'hypothèque ni le donner en antichrèse ; l'augmentation d'impôt foncier due à la construction sera supportée par le propriétaire, etc., etc.

§ 3. — **Situation juridique à la fin du prêt.**

282. — Nous avons dit que l'article 555 est général. Nous l'appliquerons donc au commodataire comme nous l'avons

appliqué déjà au preneur à bail, comme nous l'appliquerons à l'usufruitier et à l'antichrésiste. Nous traiterons le commodataire en tiers de mauvaise foi.

Le prêteur aura donc un choix à faire. Ou bien il exigera la démolition des constructions et la remise des lieux en leur état primitif aux frais du commodataire. Ou bien il conservera les constructions, et, en principe, l'indemnité qu'il aura à payer de ce chef à l'emprunteur sera égale à la valeur des matériaux et au prix de la main-d'œuvre. Le plus souvent il y aura un arrangement à ce sujet entre le prêteur et l'emprunteur constructeur.

§ 4. — Travaux autres que des constructions.

283. — Il faut distinguer et diviser les impenses en trois classes : 1) nécessaires extraordinaires, 2) nécessaires ordinaires, 3) utiles et voluptuaires.

284. — A. En ce qui concerne la première catégorie, l'article 1890 dispose : « Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser ».

Ce ne sont pas toutes les impenses nécessaires dont l'emprunteur peut se faire rembourser. Le principe ordinairement admis est ici renversé : les impenses même nécessaires ne sont pas remboursées. C'est une des conséquences du caractère de bienfaisance du contrat de prêt à usage. Pour que le prêteur se trouve obligé d'indemniser le commodataire d'une dépense de ce genre, la loi exige que quatre conditions soient réunies.

Il faut d'abord que cette dépense ait été faite *pour la con-*

servation de la chose. Les dépenses d'amélioration, si utiles qu'elles puissent être, ne rentrent pas dans les pouvoirs de l'emprunteur : on comprend donc que jamais le prêteur ne doit en être tenu. Nous avons vu notamment qu'au cas de constructions le prêteur a le droit d'en exiger la démolition.

Ensuite la dépense doit être une dépense *extraordinaire*. Nous allons voir en effet que les dépenses ordinaires restent à la charge de l'emprunteur.

En troisième lieu, la dépense doit être *nécessaire*. Ici le législateur a pris ce mot dans son sens le plus strict. Il faut une absolue nécessité. S'il y a doute sur la nécessité des travaux, c'est au prêteur qu'il appartient de prendre parti, et non à l'emprunteur.

Enfin il faut que cette dépense ait été « tellement urgente que le commodataire n'ait pas pu en prévenir le prêteur. » Si le temps ne presse pas en effet, l'emprunteur n'a qu'à aviser le prêteur pour mettre sa responsabilité à l'abri.

Telles sont les quatre conditions exigées pour que le commodataire puisse obtenir le remboursement d'une impense.

285. — B. Dans toute autre occurrence, le prêteur ne doit rien à l'emprunteur pour les dépenses qu'il a faites sur la chose prêtée. Il en est ainsi notamment de ce que nous avons appelé les dépenses ordinaires, c'est-à-dire les dépenses d'entretien et de conservation. Le commodataire ayant l'usage de l'immeuble doit supporter toutes les réparations que l'on considère toujours comme une charge de fruits (1).

286. — C. Enfin les impenses utiles et voluptuaires ne sont en aucun cas à la charge du prêteur. On doit toutefois reconnaître à l'emprunteur le droit d'enlever tout ce qui peut être

(1) V. art. 1886.

détaché sans détérioration et qui enlevé a encore quelque valeur. Il doit laisser le propriétaire bénéficier du reste (1).

SECTION IV. — Des constructions élevées par un créancier antichrésiste.

287. — Nous n'aurons que quelques mots à dire de la situation, assez rare dans la pratique, du créancier antichrésiste qui, sur l'immeuble à lui donné en antichrèse, élève des constructions.

Nous admettrons, aucun texte ne venant s'y opposer, le principe général déposé dans l'article 555 et les solutions que nous avons déjà données relativement à d'autres détenteurs précaires, locataire ou commodataire.

288. — Si, excédant le droit de jouissance que lui donne l'antichrèse, le créancier qui a obtenu cette sûreté élève des bâtiments sur l'immeuble reçu en gage, ces bâtiments deviennent par droit d'accession, au fur à mesure de la jonction des matériaux au sol, la propriété du débiteur ou du tiers qui a garanti la dette en donnant son immeuble en antichrèse.

Le créancier antichrésiste a sur les constructions un droit identique à celui qu'il a déjà sur le sol : il a sur elles son droit d'antichrèse, droit personnel et mobilier, ainsi que le décide une doctrine qui réunit les meilleurs auteurs et à laquelle nous nous rallions sans réserve (2). Il jouit donc des

(1) Cprz. *supra*, n° 269, à l'égard du locataire.

(2) Sur le caractère du droit d'antichrèse :

Sic, AUBRY et RAU, t. IV, § 458, texte et note 9, p. 718. — LAURENT, t. XXVIII, n°s 561-568. — MASSÉ et VERGÉ, sur Zachariæ, t. V, § 784, texte et note 8, p. 114. — PANDECTES FRANÇAISES, *Répertoire*, v° *Antichrèse*, n°s 9 et 12. — Cass., 31 mars 1851 (motifs), Sir., 1851. I. 305, et Dall., 1851. I. 65.

Contra : POTHIER, *Traité de l'Hypothèque*, n° 283. — PONT, *Petits Contrats*, t. II, p. 1279.

constructions comme du sol, à charge d'en compenser les fruits avec les intérêts et le capital de la créance garantie. Il doit tenir compte des revenus des bâtiments au débiteur, sauf à imputer sur ces fruits les impôts, impenses et charges de toute nature qui grèvent la jouissance, et aussi les intérêts des avances qu'il a faites pour le paiement des constructions, — mais sans que ceux-ci puissent être comptés pour une somme supérieure à l'excédent de fruits procuré à l'immeuble par les constructions (1).

289. — Nous traiterons le créancier antichrésiste comme un possesseur de mauvaise foi. Nous lui appliquerons la première partie de l'article 555. Nous avons vu que les termes de ce texte sont généraux, qu'ils visent tous les tiers qui, à un titre quelconque, construisent sur un sol dont ils ne sont pas propriétaires. Le débiteur aura donc le choix : — il pourra exiger la démolition des constructions et la remise des lieux en leur état primitif aux frais du créancier, et même avec dommages-intérêts, s'il y a lieu ; — il pourra, si les constructions lui paraissent utiles à conserver, les garder en payant au constructeur l'impense tout entière. Ce choix appartient au débiteur, et non au créancier constructeur : celui-ci ne peut pas enlever les constructions alors que le propriétaire veut les conserver et offre l'indemnité fixée par la loi, pas plus qu'il ne peut imposer au débiteur les constructions et le paiement de l'indemnité qui en est la conséquence.

290. — La jurisprudence, dans un arrêt de la Cour de Paris (2), admet très catégoriquement l'application de l'article 555 à l'antichrésiste. Mais, par une singulière erreur, la

(1) *Cprz supra*, n° 179.

(2) Paris, 9 décembre 1836, *Sir.*, 1837. II. 29 et *Dall.*, 1837, II, 118.

Cour déclare que le créancier antichrésiste a, dans l'espèce, construit de bonne foi : en conséquence, elle refuse au débiteur le droit d'exiger la démolition et ne le condamne à payer au constructeur que la plus-value donnée à l'immeuble.

Nous pouvons dire ici de l'antichrésiste ce que nous avons dit déjà du locataire en répondant aux auteurs qui voudraient le traiter en possesseur de bonne foi : la précarité est la négation même de la bonne foi ; l'antichrésiste, comme le locataire, a un titre qui lui donne la jouissance de l'immeuble, mais un titre qui lui prouve qu'il ne peut se considérer comme propriétaire ; il lui serait impossible, même en cas de réelle bonne foi, d'établir sa croyance, puisque ce serait prouver contre le contenu à l'acte ; aux termes de ce titre même, il ne peut pas être de bonne foi.

La solution donnée par l'arrêt est exacte, elle est fort bien motivée en ce qu'elle déclare l'article 555 applicable à l'antichrésiste : mais la Cour a commis une erreur de droit en considérant un antichrésiste comme possesseur de bonne foi.

291. — On peut d'ailleurs invoquer encore à l'appui de la solution que nous avons admise des raisons d'équité qui ne sont pas sans valeur.

Il est inadmissible que le créancier antichrésiste puisse, par un moyen quelconque, empêcher le débiteur de rentrer en possession de l'immeuble donné en antichrèse. Or, ce serait justement pour lui un moyen d'obtenir ce résultat que de construire sur le fonds des bâtiments assez considérables pour que le débiteur ne puisse jamais, étant donnée sa situation de fortune, payer l'indemnité.

Pour éviter ce calcul, il importe que le débiteur puisse, si les bâtiments ne lui conviennent pas ou s'il pense que l'indemnité serait trop considérable, eu égard à ses ressources, exiger leur démolition. Dans le cas contraire, si le débiteur

veut les conserver, il paiera au créancier l'intégralité de l'impense ; ou mieux, le plus souvent, il s'entendra avec lui, — en usant de la menace de faire démolir, — pour ne payer qu'une indemnité moins élevée.

Ces arguments d'équité et d'utilité pratique viennent confirmer la solution à laquelle nous a conduit la logique juridique (1).

292. — En ce qui concerne les autres travaux, auxquels l'article 555 n'est pas applicable, parce qu'ils ne constituent pas des constructions nouvelles et susceptibles d'enlèvement, nous distinguerons encore suivant que ce sont des impenses nécessaires ou quasi-nécessaires, des impenses simplement utiles ou améliorations, ou seulement des impenses voluptuaires.

Les impenses nécessaires ou quasi-nécessaires, le créancier qui détient un immeuble en antichrèse, non seulement peut, mais doit les faire. S'il ne les fait pas, il peut être déclaré responsable des conséquences de cette négligence. S'il les fait, il doit en être intégralement remboursé (2) : il en prélèvera le montant sur les fruits qu'il perçoit, et si, après ce prélèvement, les fruits deviennent insuffisants pour le remboursement du reste de l'impense et pour le service des intérêts de la créance, il aura contre le débiteur l'action que les Romains nommaient *pigneratice contraire*. Cette créance accessoire sera d'ailleurs garantie par l'antichrèse.

Les impenses simplement utiles ou améliorations donneront seulement lieu en faveur du créancier antichrésiste à une indemnité égale à la plus-value qui en résulte : c'est l'application pure et simple de l'équité.

(1) POTHIER, *du Nantissement*, n° 61. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 693. — MASSÉ et VERGÉ sur Zachariæ, t. II, p. 3. — Cprz Cass., 15 janvier 1839, I, 97 ; Cass., 22 novembre 1864, Sir., 1864, II, 266.

(2) Art. 2080, al. 2. Cprz art. 1381.

Quant aux impenses voluptuaires, nous n'accorderons aucune indemnité au créancier qui en aura fait. Il aura seulement le droit d'enlever ce qui pourra se détacher sans détérioration pour l'immeuble.

293. — Nous avons vu que les sommes dues par le débiteur à raison d'impenses nécessaires ou quasi-nécessaires sont garanties par l'antichrèse et que leur paiement peut être obtenu par l'action pignoratice contraire. En est-il de même des sommes dues à titre d'indemnité pour des constructions ou des améliorations ?

Nous répondons négativement. En droit, en effet, tout ce qui est relatif aux garanties de créances doit être interprété restrictivement : on est dans une matière exceptionnelle, dérogeant au principe fondamental de l'égalité entre les créanciers. Lors donc qu'une antichrèse a été consentie, il faut la restreindre aux créances qu'elle garantit aux termes du contrat, et aux créances accessoires qu'y joint la loi. Ces créances accessoires, ce sont les intérêts de la créance principale et les impenses nécessaires. Au delà, on ne peut rien admettre à la garantie sans tomber dans l'arbitraire.

Le débiteur pourra donc exiger la restitution de l'immeuble donné en antichrèse en offrant au créancier le remboursement de la créance principale, de ses intérêts et des impenses nécessaires faites par celui-ci, — déduction faite des fruits perçus. Si des constructions ont été élevées ou des améliorations faites, le créancier ne pourra pas les porter au même compte : il n'aura à leur sujet qu'une créance chirographaire.

SECTION V. — Des constructions élevées par
un usufruitier.

294. — La théorie des constructions élevées par l'usufruitier est l'une des plus délicates et des plus controversées de notre matière, qui cependant — nous avons déjà pu le constater — abonde en controverses. Nous n'avons pas un texte qui donne à notre système un sérieux point d'appui. Il n'est pas une règle, pas une décision particulière qu'il ne nous faille justifier par des arguments tirés de textes plus ou moins éloignés, de la tradition, du droit romain ou de l'équité.

L'usufruitier peut-il construire ? — S'il a construit, quelle est la situation juridique des constructions pendant l'usufruit ? À qui appartiennent-elles ? De quels droits se trouvent-elles grevées ? — Et, à la fin de l'usufruit, quels droits faut-il reconnaître à l'usufruitier ou à ses ayants cause, d'une part, au nu-propriétaire, d'autre part ?

Telles sont les trois grandes questions que nous avons à résoudre. Il faut en rechercher les solutions dans les principes mêmes de la théorie de l'usufruit, principes discutés en doctrine et en jurisprudence. Il nous faudra examiner rapidement ces discussions et justifier l'opinion que nous admettons, avant de traiter à proprement parler des constructions.

§ 1. — L'usufruitier peut-il construire ?

295. — On ne peut répondre à cette question qu'en étudiant les pouvoirs de l'usufruitier sur la chose qui fait l'objet de son droit, qu'en déterminant l'étendue de sa jouissance.

Les textes du Code, sur ce point, ne posent aucune règle

précise ; il faut donc que la doctrine recherche à quel principe les législateurs de 1804 ont entendu de référer, au principe romain ou au principe coutumier.

296. — Le principe romain restreint le droit de jouissance de l'usufruitier. Nous trouvons au Digeste une théorie très complète de l'usufruit : un livre lui est en grande partie consacré. Un texte d'Ulpien nous indique combien réduits sont les droits de l'usufruitier : « *Sed neque diaetas transformare, vel conjungere, aut separare ei permittitur : vel aditus posticas ve vertere : vel refugia aperire : vel atrium mutare : vel viridaria ad alium modum convertere : excolere enim quod invenit potest, qualitate ædium non immutata* (1). » Les derniers mots surtout résument bien le droit de jouissance de l'usufruitier. Il peut jouir — c'est le fond même du droit d'usufruit — mais il doit jouir des choses telles qu'il les a reçues, *qualitate rerum non immutata*, dit notre texte, *salva rerum substantia*, diront les interprètes. Il ne peut faire aucun changement ; en matière d'usufruit de bâtiment, il ne peut même pas élever ou abattre une cloison, pour faire d'une chambre deux ou inversement.

Pothier avait suivi l'ancienne règle romaine : « La douairière, de même que tous les autres usufruitiers, n'ayant que le droit de percevoir les fruits des héritages dont elle jouit par usufruit, il ne lui est pas permis, non plus qu'à tous les autres usufruitiers, d'en changer la forme ; le droit d'en changer la forme faisant partie du droit de disposer de la chose qui ne peut appartenir qu'au seul propriétaire. Cette décision a lieu quand même la nouvelle forme en laquelle l'usufruitier voudrait convertir l'héritage, serait une forme qui rendrait l'héritage plus précieux et d'un plus grand revenu : *nec*

(1) L. 13 § 7. Dig., de usuf. et quemad., VII, 1.

ampliare, nec utile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit, l. 7, § fin., l. 8, ff. usuf. et quemadm. (1) ».

297. — Mais Pothier est à peu près seul parmi nos anciens auteurs à suivre le principe romain beaucoup trop restrictif. Le plus grand nombre, Domat, Bourjon, enseignent une doctrine plus large à l'égard de l'usufruitier : ils l'autorisent à faire sur la chose toutes les modifications, tous les changements qui ne peuvent nuire au propriétaire.

« L'usufruitier, dit Domat, pourra arracher un plant comme des vignes, pour y faire quelque changement de cette nature, pourvu que le fonds en devienne meilleur et que le revenu soit augmenté : car l'usufruitier peut améliorer, mais il ne peut faire de changements qui empirent le droit du propriétaire. Ainsi c'est par les circonstances qu'il faut juger des changements que l'usufruitier peut ou ne peut pas faire (2) ».

La doctrine de Bourjon est plus large encore : « Quant aux changements qui lui sont licites, l'usufruitier peut mettre en vignes ce qui était en terres labourables, et arracher les vignes pour semer des grains.... Mais il faut que ces changements ne diminuent pas le revenu ordinaire du fonds ; s'ils opéreraient diminution, il y aurait lieu à l'acquisition du propriétaire..... Il peut pareillement faire des changements dans l'intérieur de la maison dont il a l'usufruit, pourvu que ce soit sans toucher aux gros murs, aux voûtes et aux poutres, et sans détériorations du fonds (3) ».

On peut résumer la doctrine de nos anciens auteurs en disant que l'usufruitier peut faire sur l'immeuble soumis à sa jouissance les changements qu'il lui plaît, sous la seule con-

(1) POTHIER, *Traité du douaire*, n° 215.

(2) DOMAT, *Lois civiles*, liv. II, tit. I, sect. I^{re}, art. 15.

(3) BOURJON, *Droit commun de la France*, t. II, liv. IV, ch. II, art. 4, 5 et 6.

dition qu'ils ne portent aucun préjudice au propriétaire. Il peut améliorer et non dégrader.

Nous sommes loin du texte romain.

298. — A quel principe le Code civil s'est-il rangé ? A-t-il, imitant Pothier, consacré les étroites règles romaines ? A-t-il, suivant les autres auteurs de notre ancien droit, admis les larges principes coutumiers ?

Il semble bien, à lire la définition de l'usufruit donnée par l'article 578, que le législateur a entendu maintenir la rigueur romaine :

« L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

C'est la définition romaine, c'est la reproduction de la doctrine de Pothier. Il y a surtout la phrase finale, « à charge d'en conserver la substance » qui rappelle évidemment le *salva rerum substantia*. Le Code civil entendrait donc interdire à l'usufruitier tout changement ?

Non. Un autre texte du Code suppose que l'usufruitier a fait des changements. L'article 599, al. 2, dispose que : « L'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée ». Mais il peut donc améliorer. Une amélioration ne comporte-t-elle pas un changement, changement en mieux, c'est vrai, mais enfin changement ?

Il semble, au premier abord, qu'il y a antinomie entre les deux textes. Mais le conflit n'est qu'apparent : on peut fort bien comprendre ce que veut dire chaque disposition. L'usufruitier jouit comme le propriétaire lui-même : il jouit donc d'une façon assez large. La condition *salva rerum substantia* vient simplement restreindre cette jouissance dans ce qu'elle

pourrait avoir d'excessif et de nuisible pour le propriétaire.

Plus large que la théorie romaine, celle de notre Code l'est moins que le principe coutumier.

299. — Il faut donc admettre que l'usufruitier peut faire certains changements. Lesquels? Il faut distinguer les changements qui dénaturent la chose et ceux qui laissent dans une certaine mesure la chose dans son état primitif. Les premiers sont interdits à l'usufruitier, les seconds sont licites. Tel est le principe.

Maintenant, en quoi consiste le fait de dénaturer la substance d'une chose? Qu'est-ce au juste que la substance d'un fonds de terre ou d'une maison? Ce mot *substance*, dans cette acception, est à peine français et sent fort le latin. Et tel fait qui, aux yeux de l'un, dénature la substance, est, aux yeux de l'autre, parfaitement permis à l'usufruitier. MM. Aubry et Rau, très rigoureux, défendent à l'usufruitier de convertir une terre labourable en vigne ou inversement, de changer la distribution intérieure d'une maison. M. Demolombe, quoiqu'admettant aussi des principes très restrictifs, y apporte des tempéraments qui en modèrent la rigueur.

Nous croyons que le point de savoir si tel ou tel changement dénature ou non la substance de la chose, si ce changement est par suite interdit ou permis, est avant tout une question d'appréciation : il faut envisager les circonstances, il faut parfois s'inspirer de l'équité. L'usufruitier doit jouir : si donc il ne peut jouir qu'en opérant certains changements, il faut bien l'admettre à faire ces changements.

C'est ce que décide avec raison la jurisprudence. Un bâtiment, par exemple, a toujours été exploité à l'état d'auberge, ce mode d'exploitation, pour des motifs quelconques, est devenu impossible ; l'usufruitier pourra modifier, dans la mesure nécessaire, la disposition du bâtiment, pour le louer

à un industriel d'une autre catégorie qui s'offre à prendre l'immeuble (1).

300. — Ces principes nous étaient absolument indispensables pour répondre à cette question : l'usufruitier peut-il construire ?

La réponse s'impose : En principe, non. Car construire, c'est le plus souvent modifier la substance de l'immeuble, c'est transformer le terrain nu en maison, le fonds de terre en usine.

Mais ce principe reçoit une importante limitation. De ce que l'usufruitier, aux termes de l'article 578, a le droit de jouir comme le propriétaire, il faut induire le droit d'élever toutes les constructions, qui, sans dénaturer l'immeuble, sont nécessaires ou tout au moins très utiles à sa jouissance. Il pourra notamment élever tous les bâtiments nécessaires à l'exploitation d'une ferme : maisons d'habitation pour les fermiers, écuries et étables pour loger les bestiaux, engrangements pour abriter les récoltes, distilleries, etc. ; augmenter les usines ou les ateliers, etc., etc. Il pourra évidemment, et à plus forte raison, rebâtir une maison détruite par un incendie (2).

301. — Le fait par l'usufruitier d'élever des constructions, alors que ces constructions changent véritablement la forme de l'immeuble grevé, peut tout d'abord donner lieu, de la part du nu propriétaire, à une demande en démolition. On pourra aussi voir dans ce fait — suivant les circonstances — un abus de jouissance : le juge pourra alors, s'il y a lieu, prononcer l'extinction de l'usufruit soit purement et simple-

(1) Cass., 8 août 1845, Sir., 1845, I, 606.

(2) DALLOZ, Rep., V^o *Usufruit*, n^{os} 252-257. — DEMOLOMBE, t. X, n^{os} 455-456 et 593. — PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. III, n^{os} 1122-1123.

ment, soit en accordant à l'usufruitier déchu une prestation annuelle (1).

§ 2. — Situation juridique des constructions pendant l'usufruit.

302. — Soit que l'usufruitier ait construit dans les limites du droit que nous venons de lui reconnaître exceptionnellement, soit qu'il ait excédé ce droit, quelle sera la situation juridique des constructions ?

L'usufruitier aura sur elle le même droit d'usufruit que sur le fonds lui-même auquel elles sont incorporées ; nous lui appliquerons, comme à tous les constructeurs, le principe de l'accession.

Le droit d'usufruit, portant sur des immeubles, est réel et immobilier.

303. — De cette décision, nous déduirons immédiatement les conséquences suivantes :

1^o L'usufruitier aura, pour obtenir et pour conserver la jouissance des bâtiments comme du sol, les actions pétitoires et possessoires : il a, notamment, l'action confessoire pour faire reconnaître son droit.

2^o Il pourra hypothéquer son droit sur les constructions : ainsi le permet évidemment l'article 2118.

3^o Les créanciers pourront le saisir, en la forme de la saisie immobilière, ainsi que le décide l'article 2204.

4^o Si l'usufruitier constructeur se marie sous le régime de la communauté légale, ce droit ne tombera pas dans la communauté. De même si l'usufruit survit à l'usufruitier, ce droit ira au légataire des immeubles.

(1) Art. 618, Civ.

5° La cession de ce droit, étant une cession immobilière, sera soumise à la transcription et assujettie au paiement des droits fiscaux qui frappent les mutations immobilières (1).

304. — Le nu propriétaire, de son côté, est devenu, par le phénomène de l'accession, propriétaire des constructions du moment même où elles ont été élevées. Il a sur elles un droit de propriété grevé d'usufruit, c'est-à-dire considérablement restreint. Tant que dure l'usufruit, ce droit est comme paralysé ; il ne reprend vigueur que lorsque l'usufruit s'éteint.

**§ 3. — Droits de l'usufruitier et du nu propriétaire
à la fin de l'usufruit.**

305. — Quel sera, à la fin de l'usufruit, le sort des constructions ? Quels seront les droits respectifs de l'usufruitier ou de ses ayants cause, d'une part, et du nu propriétaire, d'autre part.

Ici se pose de nouveau la question de savoir si l'article 555 est général et si, en particulier, il peut s'appliquer, à l'usufruitier. La controverse n'est pas moins vive qu'à propos du locataire.

306. — I. Une partie importante de la doctrine et un nombre assez considérable d'arrêts — disons même une jurisprudence constante — repoussent ici l'application de l'article 555 et décident que le propriétaire a le droit de conserver les travaux faits par l'usufruitier, quels qu'ils soient, sans avoir à lui payer la moindre indemnité (exception faite peut-être pour les travaux qui constituent des réparations nécessaires et extraordinaires).

Cette doctrine mérite d'être exposée. Nous la combattons en exposant et en justifiant la doctrine contraire.

(1) V. *infra*, troisième partie, *Droit fiscal*.

Elle s'appuie sur trois ordres d'arguments. Elle invoque en premier lieu une tradition très ancienne, datant des lois romaines et conservée par notre ancienne jurisprudence. Elle argumente ensuite des textes mêmes du Code civil. Enfin, elle fait valoir certaines considérations particulières au droit d'usufruit.

307. — A. Dans notre ancien droit comme dans le droit romain, l'usufruitier ne pouvait ni enlever les constructions ou autres travaux qu'il avait faits, ni réclamer au nu propriétaire aucune indemnité à raison de ces travaux.

Telle était déjà la solution romaine que nous trouvons très nettement formulée au Digeste : « *Si quid inædificaverit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse* (1) ».....

La même solution était adoptée par nos anciennes coutumes, ainsi qu'en témoigne cet article de la coutume de Bretagne : « Et si celui qui les tiendrait [les héritages] par usufruit, y faisait aucuns édifices, sans que celui qui serait héritier se fût obligé de les payer, comme maisons, moulins, pressoirs, plantations et autres choses, il les perdrait : sans que icelui héritier en fût tenu répondre à l'usufruitier ou à ses hoirs (2) ».

C'est encore le principe qu'enseigne Pothier dans son traité du Douaire : « Le droit de la douairière étant un simple droit d'usufruit, qui ne lui donne que le droit de jouir des héritages sujets à son domaine, dans l'état où ils sont, et qui ne lui donne point celui d'y construire des bâtiments, d'y faire des plantations ou autres améliorations de son autorité privée, sans l'ordre du propriétaire, la douairière a été en faute de faire ces améliorations sans l'ordre du propriétaire, et elle ne peut, en conséquence, ni elle, ni ses héritiers, en avoir

(1) L. 15, pr., Dig. de usuf. et quemadm., VII, 1.

(2) Coutume de Bretagne, art. 605.

aucune répétition contre le propriétaire, qu'elle n'a pas dû constituer dans des dépenses qu'il ne voulait pas faire ».....

Et, prévoyant les objections, il justifie cette solution : « On ne peut, en ce cas, opposer la règle : *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari*, cette règle ne devant avoir lieu que lorsque celui qui a fait les impenses, dont un autre profite et dont il lui demande le remboursement, les a faites de bonne foi ; mais elle n'a pas lieu lorsque celui qui les a faites, est en faute pour les avoir faites sans nécessité sur l'héritage d'autrui, qu'il s'avait être l'héritage d'autrui. Faute d'avoir consulté, pour les faire, le propriétaire qui n'eût peut-être pas voulu s'engager dans cette dépense, il n'en doit avoir aucune répétition et il doit être censé avoir voulu, en les faisant, en gratifier le propriétaire, *donasse videtur* (1) ».

Nous retrouvons donc la fiction romaine.

Toutefois Pothier admet que la douairière et par conséquent aussi l'usufruitier a le droit d'enlever les choses qu'elle a apportées dans la maison dont elle jouissait et qui ne sont pas devenues immeubles par leur nature ; les choses placées par un usufruitier ne peuvent devenir immeubles par destination, il peut donc enlever ces objets à charge de rétablir les lieux dans l'état où ils étaient (2).

Enfin nous trouvons encore le même principe enseigné par Domat : « Si l'usufruitier a fait des améliorations ou des réparations, soit utiles ou nécessaires, ou pour son plaisir, il ne peut rien démolir de ce qu'il a bâti, ni ôter ni enlever que ce qui peut se conserver étant enlevé » (3).

(1) POTHIER, *Traité du Douaire*, n° 276.

(2) POTHIER, *Traité du Douaire*, n° 278.

(3) DOMAT, *Lois civiles*, livre 1^{er}, tit. XI, sect. 1^{re}, art. 17 et 18.

Adde FERRIÈRE, sur l'art. 262 de la coutume de Paris.

308. — B. Telle était la doctrine admise par nos anciens auteurs. Les rédacteurs du Code civil, ayant reçu de l'ancien droit ces principes, les ont maintenus. Il suffit pour s'en convaincre d'étudier rapidement l'article 599. Que dit-il ?

« L'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

« Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état. »

Ce texte est la reproduction exacte des règles de l'ancienne jurisprudence : c'est la formule même de la double décision de Pothier.

Dans le premier paragraphe, en ce qui concerne les *améliorations*, les bâtiments et les plantations, les auteurs de l'article 599 ont employé certainement les mêmes mots dans le même sens : ils les employaient avec le texte de Pothier sous les yeux, ou tout au moins présent à la mémoire ; ils reproduisaient fidèlement la doctrine de cet auteur. C'est d'ailleurs dans la même acception très large que le Code civil emploie toujours ce mot améliorations : il suffit pour s'en convaincre de recourir aux articles qui le renferment, aux articles 861, 1634, 2133, 2175.

Dans le second paragraphe, s'occupant du droit d'enlèvement, le même article suit encore la doctrine de Pothier : il n'admet ce droit qu'en ce qui concerne les objets qui ne sont pas devenus immeubles par leur nature, et qui, ayant été placés par l'usufruitier, n'ont pas pu devenir immeubles par destination. Il cite les glaces, les tableaux comme exemples, mais il donne certainement la même portée à la règle en ajoutant les mots « et autres ornements ». Il ne permet cer-

tainement pas d'enlever les constructions : s'il avait entendu concéder un semblable droit à l'usufruitier, il s'en serait nettement expliqué, et il eût cité les constructions bien avant les tableaux et les glaces, puisque c'est infiniment plus important.

De la réunion de ces deux alinéas de l'article 599, il résulte que le Code civil, en permettant à l'usufruitier d'enlever certains objets seulement, alors qu'il lui refuse toute indemnité pour les améliorations qu'il a pu faire, n'accorde à l'usufruitier qui a élevé des constructions, ni le droit d'enlèvement, ni le droit à une indemnité.

309. — C. En raison, cette décision s'explique parfaitement, car la situation de l'usufruitier est bien différente de celle d'un possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

Le possesseur de bonne foi est convaincu qu'il est propriétaire : s'il bâtit, s'il élève des maisons ou des usines, c'est pour lui qu'il le fait, c'est chez lui qu'il croit construire. On ne peut rien lui reprocher, on ne peut le déclarer en faute : on ne peut non plus chez lui présumer une intention de libéralité en faveur du véritable propriétaire qu'il ne connaît pas, dont il ne soupçonne même pas l'existence.

Le possesseur de mauvaise foi est dans une situation qui mérite moins de faveur, c'est vrai. On peut dire qu'il commet une faute en construisant sur un terrain qu'il sait n'être pas sien. Cependant il peut se faire que, s'il sait que le sol n'est pas à lui, du moins il ignore qui en est le vrai propriétaire. Il sait que le sol n'est pas à lui : mais il espère toujours qu'il deviendra sa propriété, il espère que le véritable maître, négligent, ne viendra pas l'inquiéter, que la prescription s'accomplira à son profit. S'il bâtit, il compte bien jouir toujours de sa maison, n'en être jamais évincé : ici encore il est im-

possible de présumer qu'il a construit l'édifice pour en faire don au propriétaire.

Tout autre est la situation de l'usufruitier. Il sait parfaitement, lui, qu'il n'est pas propriétaire du fonds, il connaît le vrai propriétaire. Il sait qu'à son profit aucune prescription ne peut s'accomplir qui le rende propriétaire définitif, qui rende sa jouissance perpétuelle. Il sait quel est le terme fatal de son usufruit. Si donc il construit, si donc il élève une usine ou des hangars, si sur un sol nu il édifie une maison, sans au préalable s'entendre avec le propriétaire, il sait à quoi il s'expose. Il est incontestablement en faute; on est autorisé à dire qu'il a consenti implicitement à ce que le propriétaire profitât après lui des constructions qu'il a élevées, que c'est sciemment qu'il a consenti à cette perte pour améliorer sa jouissance personnelle : ce qui d'ailleurs se comprend fort bien, étant donné que le plus souvent l'usufruitier ne construit que quand il pense jouir longtemps encore de ses travaux. C'est en ce sens qu'il faut admettre et comprendre aujourd'hui l'ancienne présomption : *donasse videtur*.

Enfin, ajoute-t-on, cette présomption est rendue en fait plus vraisemblable encore, ses résultats paraissent moins durs, parce que le plus souvent l'usufruitier et le nu propriétaire sont unis par des liens de parenté, parfois fort étroits.

310. — Telle est la doctrine qu'enseignent un nombre assez considérable d'auteurs et qu'a consacrée une jurisprudence à peu près constante (1).

(1) DU CAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n^{os} 190 et 192. — GENTY, *Traité de l'Usufruit*, t. I^{er}, p. 154. — MASSÉ et VERGÉ sur Zachariæ, t. II, § 297, note 10, p. 111. — PONT, *des Privilèges et Hypoth.*, t. II, n^o 635. — PROUDHON, *de l'Usufruit*, t. III, n^{os} 1425 et suiv. — SALVIAT, *de l'Usufruit*, art. 55, n^o 2, p. 154. — TOULLIER, t. III, n^o 427.

Cass., 23 mars 1825, Sir., 1825. I. 414. — Bourges, 24 février 1837, Sir.,

311. — I. Quelqu'autorité qui s'attache aux noms de ceux qui l'ont défendue, nous repoussons énergiquement cette doctrine. Malgré l'importance de ses motifs, malgré l'apparente force des arguments qu'elle invoque, nous croyons que ses motifs sont inexacts, que ses arguments tombent à faux ou sont insuffisants. Il nous semble facile de les réfuter.

312. — A. Nous ne pouvons méconnaître la tradition. Il paraît parfaitement établi — encore que M. Duranton l'ait contesté — que les jurisconsultes romains tranchaient notre question contre l'usufruitier. Mais ce que nous nions, c'est l'autorité de cette tradition.

La solution romaine, enseignée encore par Pothier relativement à l'usufruitier, n'est qu'un cas particulier de la solution générale portée en ce qui concerne les constructions sur le terrain d'autrui : celui qui élevait des constructions sur un sol qu'il savait n'être pas à lui était réputé vouloir en gratifier le propriétaire, *donasse censebatur*.

C'est justement cette solution fausse et inique, c'est cette présomption évidemment contraire à la vérité que le Code civil a entendu rejeter d'une façon générale en édictant l'article 555. Il est donc impossible d'admettre aujourd'hui, sous l'empire du Code civil, une solution quelconque résultant de ce principe déclaré faux et rayé de nos lois.

313. — Pour éviter cette riposte, dont ils comprenaient fort bien toute l'importance, MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain ont contesté que la solution romaine fût une conséquence de la règle *donasse videtur*. Cette présomption de libéralité de la part du possesseur de mauvaise foi, disent-ils, avait été abandonnée à Rome dès le III^e siècle de l'ère chré-

1838. I. 108. — Cass., 1^{er} juillet 1851 (motifs) Sir., 1851. I. 481. — Colmar, 18 mars 1853, Sir., 1854. II. 624. — Cass., 4 novembre 1885, Sir., 1886, I. 113. — Besançon, 5 avril 1887 Sir., 1889. II. 62.

tienne (1). C'est par erreur, c'est à tort que Justinien a reproduit cette présomption dans ses Institutes (2). Ce n'est donc pas cette règle qui a conduit les jurisconsultes romains à donner cette solution dans l'hypothèse des constructions élevées par un usufruitier (3).

Nous répondrons, avec M. Demolombe, que cette présomption de libéralité avait en effet été contestée : toujours elle a dû soulever contre elle les sentiments de bon sens et d'équité de certains auteurs ; c'est l'opinion de ceux-ci que nous trouvons exprimée dans les textes que nous citent MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain. Si la règle a été à certains moments vivement combattue, si parfois elle perdit même du terrain, jamais elle ne fût complètement renversée. Toujours, dans le droit romain et dans l'ancien droit, nous la voyons conserver un certain empire. Il a fallu le changement profond qu'a subi notre droit il y a un siècle pour la chasser à jamais de nos lois (4). C'est encore, nous l'avons vu par le passage important que nous avons tenu à transcrire textuellement, c'est encore par cette présomption de libéralité que Pothier explique et justifie la solution qu'il donne dans notre hypothèse : il invoque justement les textes de Justinien (peu importe si celui-ci les a conservés à tort ou à raison), il cite même le paragraphe 30 des Institutes, *de divisione rerum*. Sa conclusion nous indique catégoriquement que c'est cette fameuse règle qu'il a toujours dans l'esprit, qui lui dicte sa décision : « L'usufruitier doit être censé avoir voulu gratifier le propriétaire, *donasse videtur* ».

(1) C. 2, Cod., *de rei vind.*, III, 32.

(2) § 30, Inst., *de div. rerum*, II, 1.

(3) DU CAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n° 190.

(4) Sur l'histoire de la présomption *donasse videtur*, v. *supra*, Première partie, *Droit romain*, nos 40 et s.

Nous pouvons donc dire que l'objection soulevée par MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain tombe absolument à faux : le texte de Pothier ne peut laisser aucun doute. Nous sommes parfaitement fondés à proclamer que la solution donnée en droit romain et dans l'ancien droit contre l'usufruitier est la conséquence d'une règle que notre législateur a justement voulu abroger en édictant l'article 555.

314. — B. On fait valoir, en faveur de l'opinion contraire des arguments de raison, des considérations particulières à la situation de l'usufruitier. On explique comment il faut entendre cette fiction : *donasse censetur*, fiction qui, inapplicable au possesseur de bonne ou de mauvaise foi, se comprend on ne peut mieux appliquée à l'usufruitier. Celui-ci ne bâtit pas dans l'espoir de conserver indéfiniment ses travaux ; il compte simplement en jouir lui-même pendant la durée de son usufruit ; il sait qu'au terme de sa jouissance, ces travaux passeront au propriétaire sans que celui-ci lui doive aucune indemnité ; il y consent implicitement.

Nous contestons la vérité même de cette explication. L'usufruitier, quand il construit, n'a pas le moins du monde l'intention de faire une libéralité. S'il bâtit, c'est uniquement pour lui, pour rendre sa jouissance plus productive ou plus agréable. Il ne pense seulement pas à l'existence de ce nu propriétaire, qu'il ne voit jamais, avec qui, en fait, il n'a aucun rapport. C'est justement là son tort : il commet une faute, il est imprudent en construisant sur un terrain qui ne lui appartient pas. La question qui se pose est simplement une question d'équité : si l'usufruitier a commis une faute, quelle sera la conséquence de cette faute ?

315. — Et nous trouvons véritablement que la solution qu'on propose est absolument contraire au bon sens, qu'elle viole l'équité d'une façon flagrante.

Pour une simple faute, souvent excusable dans une certaine mesure, l'usufruitier sera dépouillé de tout droit sur ses constructions : il verra le propriétaire prendre possession d'un édifice considérable, en excellent état, sans avoir à payer un centime d'indemnité ? il sera traité plus durement qu'un possesseur de mauvaise foi, plus rigoureusement qu'un usurpateur ? Mais ce principe fondamental, qui devrait être inscrit au frontispice de ce Code civil qui en fait constamment application : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; ce principe, qu'en fait-on ?

Cette seule considération suffirait à faire rejeter la doctrine tout entière sans plus ample examen. Si un texte formel était jamais venu consacrer semblable solution, le législateur mériterait le blâme de tous les juristes.

La conséquence logique et juste de la faute que commet l'usufruitier, c'est sa mauvaise foi, c'est le droit redoutable dont sera armé le nu propriétaire d'exiger la démolition des bâtiments, avec dommages-intérêts, s'il ne veut pas les garder en indemnisant le constructeur. La peine n'est-elle pas bien suffisante ? La faute n'est-elle pas chèrement payée ?

316. — Enfin, la doctrine contraire méconnaît étrangement la justice et la logique. Elle se montre pour le possesseur de mauvaise foi d'une indulgence singulière : la mauvaise foi devient un titre à la faveur du législateur ! L'usurpateur mérite la bienveillance de la loi à raison de sa ferme intention d'usurper ! Il espère bien que le propriétaire sera définitivement dépouillé de ses droits, il compte bien qu'une prescription bienfaisante viendra couvrir son usurpation et désarmer complètement sa victime : d'aussi beaux sentiments méritent une récompense.

Mais pour qui raisonne, la chose est impossible. Voilà un usurpateur qui a conscience de son usurpation et la ferme

résolution d'y persister : il aura droit à une indemnité pour ses constructions, si le propriétaire les conserve, ou tout au moins il reprendra les matériaux de démolition. Voici un usufruitier entré légitimement en jouissance du fonds : il a commis une faute, une imprudence, pas davantage ; celui-ci sera totalement dépouillé, il n'aura aucun droit, ni à ses matériaux, ni à une indemnité ! En équité, le moins qu'on puisse faire est de les mettre sur le pied de l'égalité, de ne pas traiter l'usufruitier plus rigoureusement que le possesseur de mauvaise foi.

317. — C. Ces prétendus arguments de raison qu'on accumule contre l'usufruitier, il serait aisé de les diriger contre les autres détenteurs précaires, notamment contre le preneur à bail : ils s'appliqueraient exactement avec la même portée et la même force. N'ayant aucune énergie contre ceux-ci, puisque nous avons démontré que l'article 555 leur était applicable, ils n'en n'ont pas davantage contre celui-là.

La première partie de l'article 555 est applicable aux détenteurs précaires : nous avons établi que, dans ce texte, il faut entendre le mot *tiers* dans toute sa généralité. Pourquoi ne s'appliquerait-il pas, en particulier, à l'usufruitier ? En équité, en raison, ce serait certainement la meilleure solution. Est-il donc quelque texte au Code civil qui nous empêche de l'admettre ?

C'est ce que nous ne croyons pas. En réfutant les prétendus arguments de texte invoqués par la doctrine contraire, nous allons expliquer la portée de l'article 599, montrer sa sphère d'application et celle de l'article 555.

318. — La première partie de l'article 555, c'est-à-dire l'article tel qu'il figurait au projet, est conçue, nous l'avons vu, dans les termes les plus généraux : elle vise tous les tiers qui, à un titre quelconque, ont construit sur un fonds ne

leur appartenant pas ; elle doit donc, en principe, si aucune règle du Code ne vient y déroger, s'appliquer à l'usufruitier comme nous avons vu qu'il fallait l'appliquer au locataire ou au fermier et aux autres détenteurs précaires.

On prétend rencontrer dans l'article 599 un texte régissant la matière. Il n'en est rien. L'article 599 vise des travaux tout autres que ceux pour lesquels est écrit l'article 555.

Tout d'abord remarquons que le dernier alinéa de cet article 599 ne peut pas s'appliquer aux constructions. Cette disposition donne à l'usufruitier un droit direct et absolu d'enlèvement sur les objets qu'elle énumère : « tableaux, statues et autres ornements. » Or, justement, la question qui se pose n'est pas de donner à l'usufruitier constructeur un semblable droit sur les bâtiments qu'il a élevés : il s'agit de savoir si le propriétaire qui conserve les bâtiments doit ou non, conformément à l'article 555, une indemnité à l'usufruitier. Il n'y a pas contradiction entre nos deux textes, car les hypothèses qu'ils visent sont absolument distinctes : l'un parle d'un droit absolu d'enlèvement portant sur des objets mobiliers, l'autre donne un droit alternatif aux matériaux de démolition ou à une indemnité représentant ce qu'ont coûté des immeubles, des bâtiments.

Il ne peut donc être question que du deuxième alinéa de l'article 599, qui porte que l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruitier, réclamer une indemnité pour les *améliorations* qu'il prétendrait avoir faites sur la chose. Et de ce que Pothier comprenait les constructions sous ce nom d'améliorations, on voudrait en conclure que le Code a employé encore le même mot dans le même sens.

319. — Ce mot améliorations peut avoir un sens large, une compréhension élastique. Si nous le prenons dans son sens étymologique, il faut ranger sous cette dénomination tout ce

qui rend une chose *meilleure*, tout ce qui, à un titre quelconque, lui procure une plus-value. On pourra en donner cette définition : tout ce qui fait que la chose vaut plus après qu'elle ne valait avant. Le Code, nous le reconnaissons, a parfois pris ce mot dans cette acception. Mais, chaque fois qu'il l'emploie, il l'emploie avec une compréhension différente. Il faut donc en déterminer la portée dans chaque cas particulier, au moyen des autres textes et surtout des principes de la matière.

Soutenir qu'ici les rédacteurs du Code ont voulu donner au mot améliorations son sens le plus général, c'est leur faire commettre une erreur qu'ils ont certainement évitée. En ce sens, les grosses réparations seraient incontestablement des améliorations. Or les partisans les plus résolus de la doctrine que nous combattons, doivent reconnaître que l'article 599 ne s'applique pas à ce genre de travaux : les grosses réparations, c'est-à-dire celles des murs et voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières, sont, aux termes mêmes des articles 605 et 606, à la charge du nu propriétaire. On est donc bien obligé de reconnaître que ce mot améliorations n'a pas un sens aussi général que le soutient la doctrine adverse et qu'il faut au contraire décider qu'il y a un sens relatif et restreint.

Il faut entendre ce mot selon l'acception que les auteurs du Code ont voulu lui donner, alors qu'ils venaient de poser dans l'article 535 une règle fondamentale. Il faut restreindre l'article 599 selon le but que se sont proposé en l'édicant les rédacteurs de 1804. Ce but était uniquement de couper court à ces innombrables contestations qui auraient pu s'élever sur le point de savoir si la chose sur laquelle vient de porter l'usufruit a été ou non améliorée. Les termes qu'emploie le Code semblent bien marquer cette intention : notre

texte refuse à l'usufruitier toute indemnité pour les améliorations « qu'il prétendrait avoir faites ». Il s'agit de ces améliorations qui s'incorporent à la chose sans y faire un notable changement, de telle sorte que, quand l'usufruitier vient prétendre qu'il y a là une amélioration, on peut fort bien le contester. Ce sont ces procès, ces contestations, qui s'élèveraient trop souvent à la fin d'un usufruit et que la loi a voulu empêcher de naître : aucune indemnité ne sera due à l'usufruitier pour les améliorations de ce genre. On a considéré d'ailleurs que l'obligation qui lui incombe de jouir en bon père de famille (art. 598) mettrait souvent à la charge de l'usufruitier ces menues améliorations, réfection d'un parquet, pose de boiseries, remaniement partiel d'une toiture, qui sont d'une sage administration. Cela se confond souvent avec les réparations d'entretien qui sont une charge de la jouissance de l'usufruitier, et la loi n'a pas voulu qu'il s'élève des contestations sur le point de savoir dans quelle mesure un travail est une amélioration ou une réparation (1).

320. — Tel est le genre de travaux que vise l'article 599, alinéa 2. Or, nous avons vu dans notre étude de l'article 555 que ce ne sont pas ceux dont s'occupe ce dernier texte : il ne vise que les constructions qui font en quelque sorte une chose nouvelle et qui sont susceptibles d'enlèvement. Il traite des constructions, des bâtiments formant un ensemble nouveau, des travaux faits sur un terrain nu ou à peu près, bref, des travaux qu'on peut facilement distinguer et estimer séparément de ceux existant antérieurement.

De semblables travaux ne sont pas des améliorations, au sens de l'article 599. Ce sont des constructions, des bâtiments. A proprement parler, ils n'améliorent pas : ils chan-

(1) V. *suprà*, n°s 222 et s.

gent la nature de la chose ; d'un terrain vague, d'une terre labourable, d'un jardin, ils font une usine, une ferme, une maison. Il est impossible de dire que le sol a été amélioré : tout le monde dira qu'il a été bâti. Soutenir que c'est une amélioration, c'est faire violence au bon sens, c'est donner à un mot une acception que personne ne lui donne. Si Pothier a employé le mot améliorations dans ce sens, il a eu soin de s'en expliquer, de bien faire saisir sa pensée, en le faisant précéder des mots « bâtiments et plantations (1) ». De la suppression de ces mots dans l'article 599, nous pouvons encore tirer un argument qui ne manque pas de force en faveur de notre doctrine.

321. — D. On essaie, dans le système adverse, de reprendre nos arguments pour s'en faire des armes contre nous. L'article 599, nous dit-on, a pour but de supprimer les contestations que pourraient s'élever à la fin des usufruits. Or, vous en faites naître bon nombre : des difficultés s'élèveront sur le point de savoir si tel ouvrage exécuté par l'usufruitier constitue une construction nouvelle ou une simple amélioration.

Le rôle du législateur, répondrons-nous, n'est pas d'empêcher tout procès : il doit seulement chercher à en réduire le nombre en posant des règles d'une application facile. Ici, nous reconnaissons qu'il y aura parfois difficulté ; mais elle ne sera pas insoluble, il y a un criterium : les constructions sont des travaux formant un ensemble nouveau, susceptibles d'être enlevés pour qu'on remette les lieux dans leur état primitif ; les autres travaux sont des réparations ou des améliorations. Voilà un principe que les juges auront à appliquer. C'est d'ailleurs une question de fait que les tribunaux

(1) V. le passage rapporté *suprà*, n° 307.

trancheront souverainement en tenant compte de toutes les circonstances de la cause.

Nous reconnaissons volontiers que la doctrine qui refuse absolument et dans tous les cas toute indemnité à l'usufruitier est d'une application très simple et très facile, qu'elle coupe court à toute contestation. Mais elle viole pour cela tous les principes de l'équité. On a vu un arrêt, s'inspirant de cette doctrine, attribuer au propriétaire une construction évaluée cinq ou six cent mille francs, sans que l'usufruitier qui y avait engagé une partie de sa fortune reçut la moindre indemnité (1). Un semblable résultat en montre l'iniquité.

322. — Nous résumerons ainsi les règles relatives aux travaux faits par l'usufruitier :

En ce qui concerne les constructions, au sens où l'article 555 emploie le mot, c'est-à-dire les travaux nouveaux susceptibles d'enlèvement, l'usufruitier sera traité comme tiers de mauvaise foi. Le propriétaire pourra à son gré, ou bien exiger la démolition avec remise des lieux en l'état primitif, ou en cas d'impossibilité de ce rétablissement en l'état, dommages-intérêts, ou bien conserver les bâtiments en remboursant l'impense à l'usufruitier.

Les grosses réparations, ainsi que les définit l'article 606, sont à la charge du nu-propriétaire. Si l'usufruitier les a faites, il faut l'admettre à en réclamer le remboursement intégral.

Tous les autres travaux qui ne peuvent rentrer dans l'une de ces catégories, constructions ou grosses réparations, restent à la charge de l'usufruitier. Il en est ainsi de toutes les réparations d'entretien qui, aux termes de l'article 606, comprennent toutes celles qui ne sont pas mentionnées dans l'é-

(1) Cass., 23 mars 1825, cité *supra*.

numération qu'il fait des grosses réparations. Il en est de même aussi des améliorations que l'usufruitier doit laisser au propriétaire sans pouvoir de ce chef réclamer aucune indemnité. Il pourra emporter les objets mobiliers qu'il aura apportés dans l'immeuble, bien qu'ils fassent corps avec celui-ci, s'il peut les détacher sans dégradation pour l'immeuble. Si les objets apportés ou les améliorations par lui faites ne peuvent s'enlever, nous lui refusons énergiquement le droit de les détruire sans profit pour personne et dans le seul but d'en priver le propriétaire, comme par exemple de gratter des peintures murales ou de briser des marbres.

323. — Tel est le système que nous adoptons. C'est celui qu'enseignent les meilleurs auteurs (1).

Nous pouvons ajouter aux noms que nous venons de citer l'autorité de M. Laurent (2). Il part d'un autre principe : il refuse d'étendre à l'usufruitier l'article 555 : mais il reconnaît que la matière n'est régie par aucun texte, qu'il faut par conséquent recourir à l'équité ; et l'équité lui dicte une solution très voisine de celle que nous avons adoptée.

La jurisprudence française, nous le constatons à regret, persiste dans l'ancienne doctrine. Elle étend l'article 555 au locataire, et elle refuse de l'appliquer à l'usufruitier : véritable inconséquence. Nous ne trouvons en notre sens qu'un arrêt déjà ancien (3). La Cour de cassation de Belgique, au contraire, dans un arrêt fort bien motivé, s'est rangée à l'opinion que nous croyons exacte (4).

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 204, texte et note 23, p. 264 et 265. — DELVINCOURT, t. 1^{er}, p. 517, et t. II, p. 360. — DEMANTE, *c. an.*, t. II, n° 439 *bis*. — DEMOLOMBE, t. IX, nos 695 et 696, et t. X, n° 645. — DURANTON, t. IV, nos 379 et 380. — DUVERGIER, sur *Toullier*, t. III, n° 427, note a. — MARCADÉ, t. II, sur l'art. 555, n° 6. — TAULIER, *Théorie du C. civ.*, t. II, n° 315.

(2) LAURENT, t. VI, n° 486 et s.

(3) Colmar, 13 janvier 1831, *Sir.*, 1831. II. 180.

(4) Cass. belge, 27 janvier 1887 *Sir.*, 1887. IV. 29.

CHAPITRE IV

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR UN GÉRANT D'AFFAIRES OU UN MANDATAIRE.

324. — Nous avons à régler dans ce chapitre le sort des constructions élevées par un individu agissant au nom et dans l'intérêt du propriétaire du sol, que cet individu ait reçu ou non un pouvoir, que le pouvoir qu'il a reçu, s'il en a un, ait été exprès ou tacite, général ou spécial, conventionnel, judiciaire ou légal.

L'article 555 ne s'applique qu'aux tiers qui, en leur nom et pour leur propre compte, ont fait des travaux sur un terrain dont ils n'avaient pas la propriété et qu'ils possédaient ou détenaient de bonne ou de mauvaise foi. Il ne s'applique pas, on s'accorde généralement à le reconnaître, à ceux qui font des travaux au nom et pour le compte du véritable propriétaire, c'est-à-dire aux constructeurs dont nous allons nous occuper dans ce chapitre (1).

325. — La question est simple : nous n'avons qu'à appliquer les règles du mandat et de la gestion d'affaires. Elle comprend un assez grand nombre de cas très pratiques. Mais elle offre peu d'intérêt au point de vue particulier où nous nous sommes placés : nous ne rencontrons en effet que fort peu de règles spéciales aux constructions. Notre tâche se bornera donc à parcourir rapidement la matière, en indiquant

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 204, texte et note 17, p. 262. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 691.

seulement les solutions intéressantes ou utiles dans la pratique.

326. — Les développements que nous croyons nécessaires se répartiront en quatre sections :

Dans la première nous traiterons du gérant d'affaires.

La seconde section sera consacrée aux principales règles applicables au mandataire.

Mentionner les solutions les plus remarquables relativement aux constructions élevées par un tuteur ou par le père administrateur légal des biens de son enfant mineur, ce sera l'objet de notre troisième section.

Enfin, dans une quatrième section, nous examinerons les droits et obligations du mari et de la femme lorsque le premier a élevé des constructions sur les biens de l'un des conjoints ou sur les biens communs.

SECTION I. — Des constructions élevées par un gérant d'affaires.

327. — Un propriétaire s'absente : un voisin, un ami, s'intéressant à son patrimoine et pensant lui rendre service, élève sur un de ses terrains une maison. Quel sera le sort de cet édifice ? En d'autres termes, que décider relativement aux constructions élevées sur le terrain d'autrui par une individu agissant, sans mandat, mais dans l'intérêt et au nom du propriétaire, en un mot par un gérant d'affaires ?

Telle est la question qui se pose.

C'est un cas particulier de gestion d'affaires auquel s'appliquent sans difficulté les règles posées par le Code civil sur ce quasi contrat et notamment l'article 1375 :

« Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom,

l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».

La question que les tribunaux ont à résoudre dans chaque espèce qui leur est soumise est donc celle-ci : le constructeur, en élevant un bâtiment, a-t-il bien administré l'affaire ? Dans les circonstances où se trouvait le gérant, construire constituait-il un acte de bonne et utile gestion ?

328. — Si à cette question le tribunal répond négativement, s'il estime que le bâtiment ne présentait aucune utilité pour le propriétaire, celui-ci ne pourra être contraint à conserver une construction dispendieuse et inutile. Il sera fondé à répondre aux demandes d'indemnité du constructeur qu'en construisant il s'est mêlé de ce qui ne le regardait pas : il obligera celui-ci à enlever les constructions qu'il avait édifiées et à remettre le terrain dans son état primitif ; et, il y a pis, si le malheureux gérant ne peut satisfaire complètement à cette dernière obligation, il se verra encore condamné à réparer le préjudice en versant au propriétaire des dommages-intérêts.

La solution est rigoureuse. C'est celle que commandent non seulement les principes les mieux établis de la gestion d'affaires, mais encore l'équité. Qui lui demandait, à ce voisin, de construire pendant mon absence une maison dont je n'avais nul besoin, qui m'est parfaitement inutile ?

329. — Si, au contraire, il est reconnu que l'affaire était bonne, tout autre est la situation. Il s'agissait, par exemple, de terrains vagues ou de jardins de peu de rapport situés aux abords d'une ville ; à la suite d'événements quelconques, la ville prend une rapide extension, ainsi que cela est arrivé à Nancy après la guerre de 1870-1871 ; ces terrains deviennent éminemment favorables à recevoir des constructions. Le pro-

priétaire est absent depuis de longues années : un ami, désirant qu'une si belle occasion ne soit pas perdue, élève une maison de rapport. Voilà un cas où il y a bonne et utile gestion.

En pareille circonstance, le propriétaire sera tenu de conserver la construction et d'indemniser le gérant. L'indemnité comprendra toute l'impense. Le gérant doit être rendu parfaitement indemne : il pourra répéter l'intégralité des dépenses que la gestion lui a occasionnées, main d'œuvre et matériaux, et même peut-être aussi les intérêts à partir du jour de ses avances constatées ; il pourra exiger que le maître de l'affaire l'indemnise, ou le fasse décharger de tous les engagements qu'à ce sujet il a dû prendre personnellement (1).

330. — Nous avons dû supposer comme exemple de construction constituant un acte d'utile gestion un cas bien exceptionnel. Il sera rarement possible de déclarer qu'il y a gestion utile à élever sur un terrain nu des constructions, une maison ou une usine. Les cas de gestion d'affaires sont assez rares dans la réalité ; l'immixtion gratuite dans les affaires d'autrui ne se comprend guère que s'il y a urgence. Qu'un voisin fasse pendant mon absence réparer le toit de ma maison pour empêcher les intempéries de la détériorer, rien de mieux. Mais bien rarement il sera urgent de bâtir, d'élever des constructions nouvelles. D'ailleurs, les rédacteurs du Code, en édictant l'article 1375, avaient surtout en vue les réparations et autres travaux de peu d'importance, ainsi qu'en témoigne l'allusion que fait ce texte à la théorie des impenses (2).

Il nous paraît donc conforme à l'équité et à la réalité des faits d'admettre comme principe le droit pour le propriétaire

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 441.

(2) Article 1375, *in fine*.

d'exiger la démolition des constructions : presque toujours il pourra, en fait, reprocher au gérant trop de zèle à s'occuper d'affaires qui n'étaient pas les siennes. En raison, il nous semble injuste d'imposer au propriétaire des constructions qui ne lui conviennent pas, alors qu'il doit payer ces constructions du montant de l'impense et que ses ressources lui rendent ce paiement difficile ou même impossible.

Cette considération doit être d'un grand poids pour le juge appelé à statuer sur une contestation de ce genre. En principe, il devra toujours être disposé à traiter le gérant comme ayant fait une mauvaise gestion s'il a construit : il accordera donc au propriétaire le droit d'exiger la démolition.

Presque toujours en pareil cas une transaction interviendra entre le propriétaire et le constructeur, celui-ci consentant à supporter une partie des frais de la construction pour éviter une perte plus considérable.

331. — Ce principe est destiné seulement à guider le juge dans la solution de l'affaire, il ne doit être en quelque sorte qu'une tendance, une simple présomption, qui doit céder chaque fois que le gérant établira qu'en construisant il a fait acte de bonne et utile gestion.

Les tribunaux, pour apprécier si la construction doit être considérée comme un acte de bonne et de mauvaise gestion se reportent par la pensée au moment où le gérant a construit. Ainsi une maison est élevée, puis un incendie la détruit : si la maison était d'un bon rapport et construite dans de bonnes conditions, le sinistre n'empêchera pas l'affaire d'avoir été bonne et le gérant d'être indemnisé.

Les juges prendront aussi en considération la bonne foi du gérant, les mobiles plus ou moins honorables qui l'ont poussé à intervenir ainsi dans les affaires d'autrui ; bref, toutes les circonstances de la cause.

332. — Le gérant d'affaires ne peut prétendre, en garantie du paiement de l'indemnité que lui doit le propriétaire, à aucun droit de rétention sur l'immeuble qu'il a bâti.

Aucun texte en effet ne lui accorde ce droit. Nous verrons qu'au cas de contrat synallagmatique on peut, en vertu de l'article 1184, admettre un droit de rétention au profit de l'une des parties à l'encontre de l'autre qui se refuse à exécuter son obligation. Mais la gestion d'affaires n'est pas un contrat, c'est un quasi-contrat.

SECTION II. — Des constructions élevées par un mandataire.

333. — Le mandat, remarquons-le tout d'abord, peut être exprès ou tacite.

Il sera exprès, par exemple, lorsque le propriétaire voulant construire une maison, chargera quelqu'un, un architecte, un locataire, de diriger et de faire faire les travaux.

Nous verrons un mandat tacite dans certains faits indiquant la volonté ou le consentement du propriétaire, notamment dans le fait, de la part de celui-ci, de laisser construire sans opposition, à son vu et à son su, une maison sur son terrain. D'ailleurs cette question de savoir s'il y a eu ou non mandat tacite est essentiellement une question de fait que le juge devra trancher d'après les circonstances de la cause. C'est avec raison, pensons-nous, qu'on a considéré comme mandataire un fils qui, du consentement de son père, sous ses yeux et dans un intérêt commun, a réparé et reconstruit la maison du père (1).

334. — Donc, un mandataire construit une maison sur le

(1) Pau, 29 novembre 1874., Sir, 1875q II. 3.

terrain de son mandant. Quelle sera la condition juridique de cet édifice ? Quels seront les droits et obligations tant du propriétaire que du mandataire à son égard ?

La réponse à faire à cette question dépend du résultat de l'examen des pouvoirs donnés par le propriétaire à son mandataire. Il faut distinguer selon que le mandataire, en construisant, s'est renfermé dans la limite de ses pouvoirs ou qu'il les a outrepassés.

335. — A. Si le mandataire a reçu du propriétaire du sol l'ordre de construire une maison et, qu'en élevant ce bâtiment il n'ait en rien dépassé les instructions qu'il avait reçues, nous sommes en présence d'un mandat fidèlement exécuté.

Le mandataire en ce cas n'est rien aux yeux des tiers : c'est le mandant qui est censé avoir agi. *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Pour employer une image un peu banale, mais qui rend bien l'idée juridique, le mandataire n'a été que l'instrument, le bras du mandant. Le propriétaire se trouve engagé vis-à-vis du créancier avec lesquels le mandataire a traité. L'article 1998 dit en effet : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ».

Le mandataire, d'autre part, a droit au remboursement de toutes ses dépenses : il doit être rendu absolu indemne. Le mandant doit lui rembourser les avances et tous les frais qu'il a faits pour l'exécution du mandat, avec les intérêts de ces avances du jour où elles ont été constatées (constatation qui se fait ordinairement par la production des mémoires et factures acquittés). Le mandataire peut aussi se faire indemniser des pertes que lui a occasionnées sa gestion, si aucune faute ne lui est imputable, et réclamer les salaires qui lui ont été promis.

336. — Le plus souvent, lorsqu'il y a mandat exprès de

construire, ce mandat est donné à un entrepreneur ou à un architecte. Il en résulte à certains égards une situation spéciale tant pour le mandant que pour le mandataire.

La qualité d'entrepreneur ou d'architecte qui appartient au mandataire donne au mandant une garantie spéciale, soumise aux règles qu'édicte les articles 1792 et 2270 : « Si l'édifice construit à prix fait, dit le premier de ces textes, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans ». — « Après dix ans, dispose l'article 2270, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés ».

Nous n'examinerons pas ici les difficultés auxquelles donne lieu l'interprétation de ces textes : nous ne faisons que les signaler, estimant que le commentaire des articles que nous avons cités sort du cadre de ce travail.

337. — D'autre part, l'entrepreneur ou l'architecte qui a construit sur l'ordre du propriétaire a un privilège pour garantir sa créance. Voici les termes mêmes qu'emploie l'article 2103-4° :

« Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

.

« 4° Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins, par un expert nommé d'office par le tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office ;

« Mais le montant du privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits. »

Ce privilège ne se conserve qu'aux conditions déterminées par l'article 240.

Nous n'avons pas à insister ici sur ce privilège. L'exposé et la solution des difficultés qu'il soulève, les critiques justifiées qui ont été adressées à son organisation peu pratique suffiraient à constituer une thèse intéressante.

Nous constaterons seulement que ses inconvénients et les difficultés que présente sa conservation l'ont rendu d'un emploi assez rare en pratique : on préfère recourir à des sûretés moins complètes, mais plus commodes. Ainsi l'entrepreneur qui a des doutes sur la solvabilité du propriétaire lui demande de verser d'avance les fonds destinés à la construction entre les mains d'un dépositaire, généralement d'un banquier, qui effectuera aux termes stipulés le paiement entre les mains de l'entrepreneur. Ou bien l'entrepreneur se fait consentir une hypothèque sur le fonds, et par conséquent aussi, sur le bâtiment qui s'y incorporera.

338. — B. Mais souvent, surtout lorsque le mandat est général et, par suite, insuffisamment défini, le mandataire outre-passe ses pouvoirs. Un mandat conçu en termes généraux ou un mandat d'administrer ne comportent généralement pas mandat de construire (1) : le mandataire général, l'administrateur élève un bâtiment. Ou bien mandat est donné à quelqu'un de construire une maison, et le voilà qui élève des constructions tout autres, il édifie une usine. Ou encore, au lieu d'une modeste villa, il construit un véritable château, il

(1) V. art. 1988.

dépasse de beaucoup le chiffre fixé comme montant des dépenses.

Alors que décider ? Obligerons-nous le mandataire à raser tout ce qu'il a construit en dehors de son mandat. Nous croyons que ce serait une solution trop absolue, et qu'il faut encore distinguer.

339. — Il se peut tout d'abord que le propriétaire lui-même reconnaisse qu'en dépassant la limite de son mandat, le mandataire a sagement fait. Le maître ratifie la gestion. Alors, pas de difficulté. C'est absolument comme si le propriétaire avait donné primitivement mandat de construire ce qui a été fait : le mandataire sera encore rendu indemne.

Le maître d'ailleurs peut ratifier expressément ou tacitement. Très souvent il ratifiera, un peu à contre-cœur, en payant.

340. — Le mandant ne ratifie pas les actes de son mandataire. Il comptait faire élever une maison de campagne assez modeste, il comptait dépenser quelques milliers de francs : on lui a construit un château qui coûte plusieurs centaines de mille francs.

Alors, s'il n'y a plus mandat, il peut encore y avoir gestion d'affaires. Le mandataire en dépassant les termes de son mandat a cru bien faire. C'est souvent une question de mesure. Il faut appliquer les règles posées dans la section précédente : l'affaire est-elle bonne ? est-elle mauvaise ?

Si les tribunaux la déclarent utile et bonne, le propriétaire sera tenu absolument comme si son mandataire n'avait pas excédé son mandat. A peine pourra-t-on discuter à propos des intérêts des avances faites par le mandataire. Le propriétaire conservera les bâtiments et les paiera de l'intégralité de l'impense.

341. — Au cas où la gestion est mauvaise, le droit du pro-

priétaire réparait, absolu. Le mandant pourra déclarer que les constructions lui déplaisent et contraindre le mandataire à les raser, à ses frais, ne laissant subsister que ce qui avait été commandé aux termes du mandat.

Mais rarement on en arrivera à cette extrémité. Le mandataire en pareil cas préférera transiger avec le propriétaire. En outre les tribunaux ne se décideront pas aisément à appliquer cette rigoureuse solution. Ils considéreront que le constructeur avait toujours, dans une certaine mesure, agi dans la limite de son mandat : en l'outrepassant, il a commis une faute qui donne lieu à de simples dommages-intérêts. Généralement ils éviteront ainsi la rigueur de la démolition lorsqu'ils seront en présence d'un mandataire ayant agi de bonne foi, et ils ne l'admettront que comme une peine réservée au mandataire qui a outrepassé son mandat sciemment.

Nous arrivons ainsi à une solution voisine de celle de l'article 555.

342. — Il faut reconnaître au mandataire un droit de rétention sur l'immeuble qu'il a couvert de constructions, pour le garantir du recouvrement des avances qu'il a faites à l'occasion de son mandat. Cela résulte implicitement de l'article 1184 : le mandant ne peut contraindre le mandataire à exécuter son obligation de lui restituer l'immeuble qu'en s'offrant de son côté à exécuter la sienne, qui consiste dans le paiement de l'impense.

343. — Telles sont les règles générales applicables au mandataire constructeur. Nous avons maintenant à examiner deux cas de mandat particulièrement intéressants, celui du tuteur et du père administrateur légal des biens de son enfant mineur, et celui du mari administrant les divers patri-

moins qui se forment suivant les différents régimes admis par notre Code.

SECTION III. — Des constructions élevées par le tuteur et par le père administrateur légal des biens de son enfant mineur.

344. — La question est celle de savoir si ces mandataires généraux d'une espèce particulière ont le pouvoir de construire sur les biens de leur mandant, pupille ou enfant.

Nous la résolvons affirmativement.

Le tuteur, cela résulte de la nature même et du but de ses fonctions, a mieux qu'un mandat général au sens de l'article 1988. Ses pouvoirs ne se bornent pas à cette catégorie un peu vague des actes d'administration. Il faut qu'il gère le patrimoine de son pupille comme un bon père de famille gère le sien, et tous les actes nécessaires à cette gestion lui sont permis, sauf que certains doivent au préalable, à raison de leur importance, être autorisés par le conseil de famille, avec ou sans l'homologation du tribunal. La règle est donc le pouvoir. Or aucun texte ne défend au tuteur de construire sur les biens de son pupille, de donner cette destination aux sommes qu'il touche pour son compte. Le seul article qui parle de l'emploi de ces sommes ne fait qu'imposer cet emploi dans les six mois de leur perception : il ne précise pas quel doit être le mode d'emploi (1).

En matière de substitution, le grevé — qui est dans une situation analogue à celle du tuteur quant à l'obligation d'employer les deniers reçus — doit faire emploi des sommes grevées en immeubles ou en créances ayant privilège sur des

(1) V. art. 455. Civ.

immeubles. De la comparaison des articles 1065-1067 et des articles 450 et 455, il résulte clairement que le législateur a laissé, relativement au mode d'emploi, la liberté la plus complète au tuteur. Il lui impose l'emploi : il ne dit pas comment, en quelles valeurs il devra le faire, il s'en rapporte certainement à la loyauté du tuteur, à son respect pour les fonctions dont il est investi.

345. — Le tuteur a donc liberté pleine et entière d'employer les deniers de son pupille en immeubles ou en valeurs mobilières. Mais nous savons que le législateur de 1804 tient en général le papier en médiocre estime et lui préfère de beaucoup les immeubles : ceux-ci ont toute sa confiance. Ne sera-ce donc pas, de la part du tuteur, agir conformément au vœu de la loi que de construire sur l'un des terrains de son pupille et d'immobiliser ainsi les deniers disponibles ?

Et remarquons que, le plus souvent, le tuteur — responsable de sa gestion — ne construira que lorsqu'il jugera l'occasion bonne ; elle pourra même être parfois très bonne ; si le terrain est au centre d'une ville, l'immeuble du mineur acquiert immédiatement une plus-value considérable.

346. — Supposons que le tuteur, trouvant l'occasion excellente, mais n'ayant pas entre les mains les sommes nécessaires, construise cependant et prenne l'engagement de payer matériaux et main-d'œuvre en plusieurs échéances, échelonnées suivant la rentrée probable des deniers du mineur.

Si avant la fin de la tutelle, le tuteur a pu faire face à toutes ces échéances, l'emploi est parfaitement légal. Rien à dire.

Mais supposons que la tutelle vienne à prendre fin subitement, avant les échéances. Que décider alors ? Oh ! si le tuteur a eu soin de prendre tous les avis requis, du conseil de

famille comme du tribunal, rien à dire encore : tout est régulier. Le tuteur établira son compte, et le pupille ne pourra que l'accepter.

Le tuteur — il faut successivement examiner toutes les hypothèses — n'a pas pris les autorisations nécessaires. Les entrepreneurs ont encore à toucher des sommes considérables. Le pupille, devenu majeur, pourra fort bien tenir ce langage à son tuteur : « Vous êtes un mandataire et, comme tel, vous ne deviez pas excéder vos pouvoirs. Or vous avez excédé vos pouvoirs en contractant pour mon compte de semblables engagements sans prendre avis du conseil de famille. Les engagements contractés par vous sans les autorisations requises ne me lient pas. Vous vous arrangerez comme vous pourrez avec les entrepreneurs. Quant aux constructions, rasez-les et remettez les lieux en état ».

Le mineur sera parfaitement fondé à exiger la démolition plutôt que de ratifier — en acceptant les constructions — les actes de son tuteur, et de s'engager ainsi pour des sommes considérables.

347. — Nous reconnaissons au pupille le droit de faire démolir les constructions élevées dans ces circonstances par son tuteur. Mais remarquons combien il est rare que le pupille en arrive à cette extrémité.

Le tuteur, en général, aura soin de demander l'avis nécessaire. En outre le tuteur est un mandataire d'une nature toute spéciale : il n'est pas libre de refuser ce mandat et sa fonction est gratuite ; à ces deux points de vue, sa mission ne peut être critiquée aussi sévèrement que s'il s'agissait d'un mandataire ordinaire et salarié.

Enfin si sa gestion a été bonne et utile, le tuteur demandera le traitement du *negotiorum gestor*, et ainsi le mineur se trouvera obligé d'exécuter les engagements pris par son

tuteur et de le rendre indemne des dépenses qu'il a faites.

348. — De l'ensemble de ces considérations et de ces faits il résulte que le droit de démolition que nous avons reconnu au pupille ne s'appliquera que quand le tuteur aura construit avec des deniers non disponibles c'est-à-dire en engageant le pupille, sans avoir pris du conseil de famille l'avis nécessaire, et que sa construction aura été une mauvaise affaire. L'ensemble de ces circonstances ne peut guère se rencontrer que si on est en présence d'un tuteur d'une coupable impéritie ou d'une frauduleuse mauvaise foi.

Hors ce cas tout à fait exceptionnel, le tuteur sera, comme tout mandataire, rendu indemne de toutes les dépenses qu'il aura faites, de tous les engagements qu'il aura pris.

349. — Nous avons raisonné en parlant du tuteur du mineur. Il est évident que les mêmes règles s'appliquent sans aucune difficulté au tuteur de l'interdit. L'article 509 dispose en effet : « L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois, sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ».

350. — Les solutions que nous venons de donner doivent, selon nous, être étendues par analogie à la gestion du père administrateur légal des biens de son enfant mineur. Cette extension ne peut faire doute : l'assimilation du père au tuteur nous semble commandée par ce fait que c'est dans la même section, pêle-mêle, si j'ose m'exprimer ainsi, que le législateur a posé les règles de l'administration du père et de l'administration du tuteur (1). Il parle d'ailleurs autre part de la tutelle des père et mère (2). Le but des deux administrations est identique : la gérance du patrimoine de l'enfant.

Nous admettons le père à employer les deniers de son en-

(1) Section VIII, De l'Administration du Tuteur (art. 450-468).

(2) Section première (art. 389-396).

fant à construire sur le terrain de celui-ci. Dans l'immense majorité des cas, l'enfant devra garder les constructions. Ce n'est que dans le cas extrême où le père, mauvais administrateur, aura construit une maison de nul rapport et endetté son fils, que celui-ci usera de son droit de démolition. Encore, en fait, hésitera-t-il à recourir à un semblable procédé : il préférera s'arranger avec son père pour partager la perte.

351. — On a contesté notre solution. Le père a-t-on dit, n'a pas seulement l'administration des biens de son enfant, il en a aussi la jouissance. Ce droit de jouissance, ainsi que le nomme le Code lui-même dans l'article 385, constitue un véritable usufruit. Le père étant un usufruitier, il y a lieu de lui appliquer l'article 599 aux termes duquel « l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. »

Cette objection nous paraît sans force : elle s'appuie sur une double erreur. D'abord le père administrateur légal des biens de son enfant mineur n'est pas un véritable usufruitier. Qu'on compare son droit de jouissance à un usufruit, cela est possible, puisque l'article 385 mentionne comme charges de cette jouissance celles auxquelles sont tenus les usufruitiers. Mais si on peut comparer, il ne faut pas identifier. Le droit de jouissance du père est grevé de charges qui n'incombent pas à l'usufruitier ordinaire ; son administration est celle d'un tuteur autant et plus que celle d'un usufruitier ; si le père a la jouissance des biens de son enfant, il est chargé en revanche de son entretien, il doit lui appliquer ses revenus, l'article 385 indique comment. Et puis n'avons-nous pas déjà démontré que l'article 599 ne s'applique pas en ce qui concerne les constructions (1) ?

(1) V. *supra*, nos 311 et s.

SECTION IV. — Des constructions élevées par un mari.

352. — Nous n'avons, dans cette section, qu'à appliquer les règles posées dans la section II, en passant en revue les pouvoirs donnés au mari sur les divers groupes de biens qui se forment suivant les régimes adoptés par les époux. Nous suivrons l'ordre indiqué par le Code.

§ 1. — Communauté légale.

353. — Sous le régime adopté par notre législation comme régime du droit commun, les biens se divisent en trois groupes, en trois patrimoines : propres du mari, biens communs, propres de la femme.

Nous allons rapidement voir les conséquences juridiques du fait par le mari d'élever des constructions sur un immeuble appartenant à l'un de ces groupes.

354. — I. Rien à dire si le mari construit sur un immeuble qui lui est resté propre. Cette hypothèse ne rentre même pas dans notre sujet, puisque, en ce faisant, le mari n'a pas construit sur le sol d'autrui.

Si le mari a élevé les constructions avec des deniers communs, il y aura lieu à récompense lors de la dissolution de la communauté (1).

355. — II. Sur les biens de la communauté le mari a les pouvoirs les plus étendus. Il peut les aliéner, les hypothéquer, sans le concours de la femme (2). A plus forte raison peut-il construire sur les immeubles.

Quels que soient les deniers avec lesquels la construction

(1) Riom, 10 novembre 1851, Sir., 1851. II. 774.

(2) Art. 1421. Civ.

a été élevée, cette construction appartiendra immédiatement à la communauté, *jure accessionis*. Elle se range dans les conquêts de communauté comme accessoire de fonds sur lequel elle existe. Le mari a sur elle tous les pouvoirs que lui donne sa qualité de seigneur et maître de la communauté.

A la dissolution de l'association conjugale, de deux choses l'une : la femme renoncera ou acceptera.

Si elle renonce, elle est réputée n'avoir jamais été commune ; le mari est donc censé avoir construit sur son propre fonds. Pas de difficulté.

Si elle accepte, la question est aussi facile à résoudre. En acceptant, la femme ratifie tous les actes de la gestion du mari : elle n'est plus fondée à les critiquer. Il peut seulement y avoir une question de récompense. Si le mari a employé pour cette construction des deniers appartenant à la communauté, la question ne se présente pas. Mais si les deniers appartenaient en propre au mari ou à la femme, il y a lieu à récompense de la communauté envers celui qui les a fournis.

356. — III. Le mari construit sur un propre de sa femme.

Tout d'abord, il y a accession : la construction s'incorpore au sol et devient la propriété de la femme (1).

Il faut distinguer les cas où elle sera tenue de conserver la construction de ceux où elle pourra en demander la démolition.

357. — Les pouvoirs du mari sont infiniment moins étendus sur les propres de la femme que sur les biens de la communauté. Sur ceux-là, il n'a plus que les pouvoirs ordinaires d'un administrateur (2) : or nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de dire que les constructions restent généralement

(1) Trib. Seine, 5 juin 1855, *Dall.*, 1855. III. 71. — Cass., 18 mars 1856. *Dall.*, 1856. I. 129.

(2) Art. 1428, *Civ.*

en dehors de la catégorie des actes dits d'administration.

En principe donc, en construisant, le mari aura excédé ses pouvoirs et, conformément à l'article 1998, la femme pourra ne pas se considérer comme obligée par ses actes, et refuser les constructions, en exiger la démolition (1).

358. — Mais les circonstances de fait sont de nature à modifier considérablement cette règle, et à empêcher dans nombre de cas l'application du principe.

Si le mari a construit sur l'ordre, avec le consentement, ou tout au moins au vu et au su de sa femme, sans que celle-ci manifeste une intention contraire, il y aura mandat exprès ou tacite (2). La femme devra garder la construction. Le mari mandataire devra être rendu indemne des dépenses qu'il aura faites : s'il a payé de ses deniers propres ou de ceux de la communauté, le remboursement s'opèrera par le système des récompenses.

Si le mari qui a élevé des bâtiments ne peut établir qu'il y a eu de la part de la femme mandat exprès ou tacite, il faudra souvent considérer qu'il y a eu gestion d'affaire et appliquer les règles vues dans la section première du présent chapitre, notamment distinguer en ce qui concerne le droit de démolition suivant que l'affaire aura été bonne ou mauvaise.

Ce n'est donc que s'il y a eu opposition de la part de la femme, ou si le mari ne peut établir qu'il y a eu mandat ou gestion d'affaire, que le principe recevra application. Le mari alors sera traité de la façon la plus défavorable : nous lui appliquerons les dispositions de l'article 555 relatives au constructeur de mauvaise foi. La femme pourra exiger la démolition des constructions, avec dommages-intérêts s'il y

(1) Cass., 26 juillet 1882, Sir., 1884. I. 33.

(2) Cprz Pau, 29 novembre 1874, Sir., 1875. II. 3.

a lieu, si mieux elle n'aime conserver le bâtiment moyennant indemnité.

§ 2. — Communauté conventionnelle et autres régimes modifiant ou excluant la Communauté légale.

359. — Les règles posées au paragraphe précédent doivent en principe s'appliquer dans la matière de la communauté conventionnelle. Sous ce régime, en effet, le mari a les mêmes pouvoirs que sous le régime de la communauté légale, tant sur les biens communs que sur les propres de la femme, à moins que ces pouvoirs n'aient été modifiés par le contrat de mariage, auquel cas c'est aux termes de ce contrat qu'il faut recourir pour trancher les difficultés qui pourraient se présenter.

360. — Nous appliquerons encore les mêmes règles au cas de régime sans communauté. Le mari en effet a sur les biens de la femme les mêmes pouvoirs, c'est-à-dire des pouvoirs d'administration, que sous le régime de la communauté légale.

L'argument qu'on pourrait essayer de tirer de l'article 599 pour refuser toute indemnité au mari, en le considérant comme usufruitier, serait sans valeur, pour deux raisons analogues à celles que nous avons déjà exposées en ce qui concerne le père administrateur des biens de son enfant mineur (1). Tout d'abord le mari n'est pas un véritable usufruitier : il a un droit de jouissance, et ce droit a pour corrélatif la charge de l'entretien de la famille. Ensuite nous avons démontré que l'article 599 ne s'appliquait pas aux constructions. D'ailleurs, même en matière d'améliorations, il nous

(1) *Suprà*, n° 351.

semble impossible d'appliquer au mari la règle exceptionnelle de l'article 599.

361. — Sous le régime de la séparation de biens, le mari n'a aucun pouvoir légal sur les biens de la femme : il n'en a ni la jouissance, ni l'administration. S'il construit sur un immeuble de celle-ci, ce ne peut être que comme mandataire, gérant d'affaire, ou même constructeur de mauvaise foi. Il y aura mandat, si des circonstances résulte de la part de la femme l'intention de confier à son mari un semblable pouvoir. Il y aura gestion d'affaire si le mari a construit sans mandat, mais aussi sans opposition, au nom et pour le compte de la femme. Dans tout autre cas, le mari sera un tiers de mauvaise foi. Dans chacune de ces hypothèses il faut appliquer les règles déjà vues maintes fois au cours de cette étude.

§ 3. — Régime dotal.

362. — Il importe de distinguer suivant que les constructions élevées par le mari l'ont été sur un fonds dotal ou sur un immeuble paraphernal.

363. — I. Le mari, aux termes de l'article 1549, a sur les biens dotaux des pouvoirs d'administration très étendus. Att-il le droit d'y construire ? Il faut, pensons-nous, répondre par une distinction :

Si le mari n'a construit sur le fonds dotal que parce que c'était le moyen unique — ou tout au moins le plus intelligent et le plus utile — de jouir et d'administrer, nous considérons qu'en ce faisant il n'a pas excédé son pouvoir. Le cas ne se présentera que dans des circonstances assez rares ; mais on peut en concevoir la réalisation si, par exemple, l'immeuble dotal est un terrain vague bordant une rue ; le

mode normal d'utilisation est l'usage comme terrain à bâtir.

Si, au contraire, le fonds peut être utilisé de toute autre manière, le mari en construisant excède ses pouvoirs : nous lui appliquerons alors l'article 1998. Si la femme conserve les bâtiments, c'est qu'elle voudra bien ratifier les actes de son mari.

Enfin il se peut que le mari ait agi en vertu d'un mandat exprès ou tacite de la femme. Il y a lieu d'appliquer purement et simplement les règles du mandat.

364. — Dans ces diverses situations se présente la question de l'indemnité. Y a-t-il indemnité ? Quel en sera le montant ?

Si le mari a agi dans la limite de ses pouvoirs légaux ou en vertu d'un mandat à lui donné par la femme, il est certain qu'il devra être intégralement désintéressé.

Mais s'il a excédé ses pouvoirs, *quid* ? On a prétendu que le mari, ayant sur les biens dotaux les droits d'un usufruitier, devait être traité comme tel, et que, par application de l'article 599, il devait laisser à la femme les constructions qu'il a élevées, sans avoir droit à aucune indemnité. Ici encore nous répondrons que le mari n'est pas un véritable usufruitier, que le droit de jouissance qui lui est attribué sur les biens dotaux lui est donné bien moins à son profit que dans l'intérêt de la famille qu'il doit entretenir ; que d'ailleurs l'article 599 n'a pas la portée qu'on lui suppose. Le mari, même en ce cas, a droit à une indemnité. En conservant les constructions, la femme ratifie sa gestion : il aura donc droit au montant intégral de l'impense. Solution identique à celle que donne l'article 555 pour le tiers de mauvaise foi.

365. — Nous venons de déterminer le montant de la créance que le mari a contre sa femme du chef des constructions

qu'il a élevées. Sur quels biens pourra-t-il s'en faire payer ? Pourra-t-il notamment faire vendre l'immeuble construit ?

Il pourra certainement se faire payer sur les paraphernaux. Mais il ne pourra pas agir sur les biens dotaux, et en particulier sur l'immeuble qui porte les constructions.

C'est une conséquence du principe de l'accession. Les constructions élevées sur le fonds dotal sont dotales comme le fonds lui-même auquel elles sont incorporées. Ainsi, le tiers qui a élevé sur un fonds dotal un bâtiment, ou qui par des améliorations en a augmenté la valeur, a une créance d'indemnité contre la femme : il peut agir contre elle, il ne peut agir contre la dot, il ne peut demander l'aliénation du fonds pour se faire payer la plus value qu'il lui a procurée (1). Il en est de même pour le mari : il n'a aucune action sur l'immeuble dotal pour se faire payer des constructions et impenses qu'il a faites sur ce fonds. On peut seulement lui accorder un droit de rétention pour les impenses nécessaires, droit d'ailleurs restreint à ces seules impenses nécessaires, et qu'il importe de refuser pour les dépenses seulement utiles, et par suite le plus souvent pour les constructions. Ainsi le commandent les textes romains et une tradition constante, et on sait qu'en cette matière toute romaine du régime dotal, les textes romains et la tradition ont conservé une autorité incontestable (2).

(1) AUBRY et RAU, t. V, § 534, texte et note 15, p. 585. — GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 1734. — MARGADÉ, t. VI, sur l'art. 1543, n° 2. — TROPLONG, t. IV, n° 3057.

Paris, 11 avril 1850, Sir., 1851, II. 163. — Cass., 29 août 1860, Sir., 1861, I. 9. — Rouen, 2 mai 1861, Sir., 1862, II. 171. — Caen, 19 et 20 juillet 1866, Sir., 1867, II. 261. — Bordeaux, 17 juin 1874, Sir., 1875, II. 132. — Cass., 10 juin 1885, Dall., 1886, I. 206. — Lyon, 1 mars 1886, Sir., 1888, II. 7.

(2) AUBRY et RAU, t. V, § 540, texte et note 27, p. 630. — GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. IV, n° 2152. — TOULLIER, t. XIV, nos 326 et 327. — TROPLONG, t. IV, n° 3640.

CHAPITRE V

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES PAR UN PROPRIÉTAIRE PAR INDIVIS OU SOUS CONDITION.

366. — Quand un propriétaire construit sur un sol qui lui appartient, les constructions sont également siennes : aucune question ne se pose, aucune difficulté ne s'élève. Mais le droit de propriété peut ne pas être aussi absolu qu'il l'est normalement : il peut être restreint par la coexistence d'autres propriétaires ayant un droit égal, par la copropriété ; il peut être modifié par une condition suspensive ou résolutoire.

C'est la situation de ces propriétaires à droit restreint qu'il nous faut maintenant examiner, en restant toujours au point de vue des constructions.

SECTION I. — Des constructions élevées par un copropriétaire.

367. — Parmi les copropriétaires, il faut distinguer suivant que le lien qui existe entre eux est le résultat d'un contrat de société ou d'un quasi-contrat de communauté.

§ 1. — Des associés.

368. — Il existe entre plusieurs individus un contrat de

société. L'un d'eux élève une construction sur un fonds faisant partie de l'actif social. Que décider ?

369. — Remarquons tout d'abord qu'il ne peut être question dans cette section du cas où la société a la personnalité civile, ainsi que cela existe pour les sociétés commerciales et pour celles qui ont été reconnues par décret d'utilité publique. Ce ne sont plus les coassociés qui sont propriétaires du terrain, mais la société considérée comme un être moral susceptible de droits et d'obligations et bien distinct des individus qui la composent.

Les associés sont traités comme des tiers à l'égard de la société. Si l'un d'eux construit sans avoir reçu des autres associés un mandat spécial ou le mandat général que confèrent les fonctions de gérant ou d'administrateur, il construit véritablement sur le terrain d'autrui. La société représentée par ses administrateurs, sera fondée à exercer les droits donnés au propriétaire en présence des tiers constructeurs : il y aura lieu d'appliquer l'article 555, de distinguer suivant que le sociétaire était de bonne ou de mauvaise foi, etc. (1).

Si le constructeur avait reçu mandat de construire il y aurait lieu d'examiner la portée de ses pouvoirs, et il faudrait, pour les solutions à donner, se reporter à ce que nous avons décidé en examinant le cas du constructeur mandataire (2).

370. — Nous ne parlerons pas non plus dans ce paragraphe de la société d'un genre particulier qui se forme entre époux. Nous renvoyons aux explications fournies au chapitre précédent (3).

371. — Nous n'avons donc à nous occuper que des sociétés civiles. On admet généralement — et c'est, croyons-nous, la

(1) V. *supra*, chapitre II, n°s 157 et s.

(2) V. *supra*, ch. IV, section II, n°s 333 et s.

(3) V. *supra*, n°s 352 et s.

solution exacte en l'état de notre législation, — qu'elles n'ont pas la personnalité morale (1). Les associés restent donc copropriétaires des biens mis en commun. La jouissance et la disposition de ces biens sont généralement réglées par le contrat de société, par les statuts. A défaut de clause à ce relative, la loi indique les règles à suivre.

En supposant une société dont les statuts ne contiennent aucune disposition relativement à la question des constructions, nous croyons que la solution doit être donnée par une distinction qui résulte de la lecture même de l'article 1859, texte fondamental en la matière :

« A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

« 1^o Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue.

« 2^o.....

« 3^o Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société.

« 4^o L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendant de la Société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent ».

Nous distinguerons donc selon que la construction dont il s'agit peut ou non être considérée comme une innovation.

372. — 1^o La construction dont il s'agit peut être considé-

(1) V. notamment GUILLOUARD, *Contrat de société*, n^o 25.

rée comme ne constituant pas une innovation. Par exemple, il s'agit de construire un hangar supplémentaire dans une fabrique ou une usine, d'augmenter les engrangements d'une ferme. Il se peut que cette construction soit nécessaire au bon fonctionnement et au développement de l'établissement. En pareil cas, le pouvoir général d'administration qui appartient à chacun des associés suffira pour permettre à l'un d'eux d'élever un semblable bâtiment. Si l'un d'eux, préalablement, s'oppose à son édification, nous admettrons que la majorité décidera de l'opportunité de cette opération.

L'associé agissant en pareille occurrence dans les limites de son mandat général d'administration aura tous les avantages accordés au mandataire. Il devra être rendu parfaitement indemne de tous les engagements qu'il aura pris à cette occasion ; s'il a fait des avances, il aura droit non seulement à leur remboursement intégral, mais encore au paiement des intérêts depuis le jour de l'avance constatée.

373. — II^e Mais le plus souvent les constructions constituent des innovations. Pour que l'un des associés puisse légitimement faire une semblable opération, il faut qu'il prenne l'avis des autres associés et que ceux-ci soient unanimes en faveur de la construction.

Si l'avis favorable est unanimement donné, l'associé constructeur est un mandataire, et nous appliquerons ici encore les solutions données tout à l'heure.

Mais, s'il n'a pu obtenir cet avis unanime, et que, malgré l'opposition de quelques-uns, ou même d'un seul, il ait persisté dans ses projets de construction et les ait mis à exécution, que décider alors ? Les autres associés peuvent certainement lui refuser toute participation aux frais de la construction. Peuvent-ils exiger la démolition ? Nous croyons qu'une réponse affirmative s'impose. En construisant malgré

ses co-associés, le constructeur a commis un véritable délit civil : la seule réparation complète est la remise des lieux en leur état primitif, c'est-à-dire la démolition.

Nous pouvons, en faveur de cette solution invoquer, non pas le texte de l'article 555, mais l'analogie de la situation régie par ce texte. En construisant sur le terrain faisant partie de l'actif social, il a construit sur un terrain qui n'était pas sien, dans la plénitude de ce mot : il a construit sur le terrain d'autrui.

§ 2. — Des communistes.

374. — Tant que le communiste ne fait sur le fonds indivis que des impenses nécessaires, il pourra en demander, pour leur part, le remboursement à ses copropriétaires, même si aucun mandat ne lui a été donné à ce sujet. C'est là, croyons-nous, une application de la théorie, que nous avons dû souvent déjà appliquer, des impenses. Le communiste a fait une dépense que les autres auraient dû faire et dont tous profitent. Sans cette solution, toute copropriété serait absolument impossible : si l'un ou quelques-uns des copropriétaires refusaient de contribuer aux réparations, l'immeuble tomberait en ruine au grand détriment de tous. Il faut que chaque communiste ait, ne serait-ce que pour sauvegarder sa part même de propriété, un certain pouvoir de surveillance et d'administration : et les actes qu'il fait, dans les limites de ce pouvoir, obligent, dans la mesure de leurs droits, ses copropriétaires.

Pour les améliorations, pour les impenses simplement utiles (en prenant ces mots améliorations et impenses dans leur sens restreint), nous croyons que l'un des communistes ne les peut faire qu'avec l'assentiment de la majorité des copropriétaires, et que cette majorité suffit.

375. — Mais tout autres sont les règles relatives aux constructions. Nous avons déjà décidé plusieurs fois que les constructions — sauf en des cas tout particuliers et exceptionnels — ne peuvent être assimilées aux impenses et aux améliorations. Il nous faut donc, dans le silence de la loi, recourir aux principes généraux de la matière et aux règles de l'équité.

376. — Et d'abord, qui peut autoriser les constructions sur le sol indivis ?

Avec MM. Guillaud et Laurent, nous admettons qu'il faut l'unanimité des copropriétaires (1). Comme le premier de ces auteurs, nous pensons que, lorsqu'il s'agit d'actes d'administration, de simples impenses, la décision de la majorité lie la minorité : c'est une nécessité, et la solution admise formellement par les législations italienne et espagnole est exacte dans notre Code. Mais cela n'est vrai que des actes d'administration. S'il s'agit d'innovations, comme le sont le plus souvent les constructions, il faut l'unanimité.

Tous les copropriétaires ont un droit égal de disposition. Si la majorité disposait à l'encontre de la minorité — et construire, c'est disposer — elle porterait atteinte aux droits de cette minorité, droits égaux à ceux de la majorité. Il y aurait une véritable expropriation. Ce qui est inadmissible.

377. — Si le copropriétaire qui construit a reçu mandat des autres communistes, il y aura lieu d'appliquer les règles posées au chapitre précédent.

Ce sont ces règles qu'on appliquera encore si, les constructions une fois terminées, le constructeur obtient l'approbation, la ratification des autres communistes : ratification expresse ou tacite, peu importe. Souvent ratification tacite

(1) GUILLAUD, *Contrat de société*, n° 392. — LAURENT, t. XXVI, n° 437.

résultera pour un communiste de ce que les constructions auront été faites en sa présence, de ce qu'il a eu connaissance des travaux sans élever de protestation, ou bien de ce qu'il a accepté de payer sa part dans les frais de la construction.

378. — Les difficultés se présentent dans le cas où le communiste construit sans mandat de ses copropriétaires, malgré leur opposition, ou lorsque, les travaux ayant été exécutés à leur insu, ils refusent leur approbation et repoussent toute contribution aux frais.

Nous n'avons pas de texte, et il est très délicat de donner une solution en s'appuyant sur les seuls principes du droit ou de l'équité. Nous sommes en présence d'une singulière situation.

Peut-on dire que le communiste a construit sur le terrain d'autrui ? Oui et non. — Non. On peut dire en effet que le communiste a construit sur son propre terrain. Qu'il ait commis une faute en construisant sans en demander l'autorisation à ses copropriétaires, c'est possible. Mais on ne peut le considérer comme un usurpateur. N'a-t-il pas un droit de propriété qui atteint toutes les parties de l'immeuble ? A qui le terrain sur lequel il a construit ? C'est bien à lui.

Et pourtant, si on fait attention que ses copropriétaires ont sur chaque parcelle de terrain, sur chaque pouce du sol, un droit absolument identique au sien, il n'est pas impossible de soutenir qu'il a bâti sur le terrain d'autrui. Ce sol était à d'autres plus qu'à lui. Ainsi, ils étaient cinq propriétaires : le sol était à lui pour $\frac{1}{5}$ seulement, et à autrui pour $\frac{4}{5}$. En décidant qu'il a bâti sur le terrain d'autrui on commet une moindre erreur qu'en décidant qu'il a construit sur son propre terrain, semble-t-il.

Mais on ne peut décider qu'il rasera la construction pour

quatre cinquièmes et la conservera pour un cinquième. Il y a conflit. Comment le trancher ? Telle est justement la question.

Tout ce qui nous paraît résulter de ces observations, c'est que le législateur n'a certainement pas entendu viser cette hypothèse dans l'article 555, et que ce texte ne peut pas s'appliquer (1).

379. — On a cherché des textes. On a pensé que, si aucune disposition ne peut s'appliquer exactement et explicitement à notre hypothèse, du moins on pourrait trouver dans l'arsenal de nos lois un texte qui, régissant une situation analogue, permettrait à l'interprète de donner une solution conforme à l'esprit de la loi. Et ce texte, on a cru le trouver dans l'article 861.

Ce texte vise le cas de rapport d'une donation, et il décide que les cohéritiers doivent tenir compte au donataire de toutes les impenses qui ont amélioré la chose rapportée. Il faudrait donc, par analogie, décider que, dans le cas qui nous occupe, les autres communistes tiendront compte au constructeur de la plus-value donnée à l'immeuble par les bâtiments qu'il y a élevés.

Cette solution nous paraît inadmissible. Ce serait maintenir la violation par un communiste des droits, aussi respectables que le sien, de tous les autres communistes. Ce serait condamner ceux-ci à laisser subsister sur leur terrain une construction dont ils ne veulent pas, à l'édification de laquelle ils se sont opposés ! Ce serait faire prévaloir la fantaisie d'un seul contre le droit de tous. Ce serait permettre au construc-

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 204, p. 262. — DEMANTE, *c. an.*, t. II, n° 392 bis, 4. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 691 bis. — LAURENT, t. VI, n° 274. — ZACHARÉ, § 203, texte et note 3.

CASS., 13 décembre 1830, Sir., 1831. I. 24. — Bordeaux, 11 décembre 1838, Sir., 1839. II. 251.

teur d'engager ses copropriétaires dans des dépenses souvent considérables que ceux-ci voulaient éviter et qui peut-être les mettraient dans la gêne. Ce serait admettre qu'un seul communiste peut, de sa seule autorité et malgré tous les autres, changer la nature de l'immeuble commun, faire d'un jardin une propriété bâtie, faire des actes de disposition, alors que nous avons posé en principe — principe généralement admis — que les actes de disposition ne peuvent être faits que du consentement unanime de tous les propriétaires.

Et d'ailleurs, on ne peut pas invoquer l'analogie entre la situation du donataire soumis au rapport et la situation du communiste. Il était naturel et parfaitement légitime que le donataire construît sur l'immeuble dont il était alors seul propriétaire. Tout autre est la situation du communiste qui construit pendant l'indivision : il a des copropriétaires qu'il doit consulter, qu'il connaît, qui ont, il le sait, un droit égal au sien. Il commet en construisant une lourde faute, il viole véritablement le droit des autres communistes. Il y a une profonde différence entre le cas très favorable du donataire soumis au rapport (1) et celui du communiste.

380. — En présence de ce conflit de droits égaux, nous croyons qu'une seule solution s'offre aux parties : le partage.

Notre législateur en effet, considère l'indivision comme mauvaise au point de vue économique : ce n'est jamais à ses yeux qu'un état transitoire. Il admet que des cohéritiers, plutôt que de vendre un immeuble à vil prix à cause d'une crise momentanée, attendent la fin de la crise pour procéder à la vente, ou bien qu'ils conservent en commun un héritage

(1) V. *infra*, n° 415 et s.

à raison de l'égal intérêt d'affection que tous y attachent. Mais il a compris combien l'état d'indivision présente d'inconvénients : l'opposition d'un communiste suffit pour empêcher toute modification ; la pluralité des propriétaires est souvent un obstacle à la transmission de la chose. Et il a permis à tout copropriétaire de demander à tout instant le partage. Toutes les fois qu'un conflit s'élève entre les communistes, la seule solution possible, le seul moyen de triompher de l'inertie ou de la mauvaise volonté de l'un, ou de réprimer les abus d'un autre, c'est le partage.

381. — Il faut donc maintenant considérer le sort de notre construction après le partage.

Distinguons deux grandes hypothèses, comportant elles-mêmes des sous-distinctions :

1° Il y a partage par tirage au sort ;

2° Il y a licitation.

382. — PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Il y a *partage en nature par tirage au sort*.

Alors de deux choses l'une : ou bien le lot comprenant l'immeuble sur lequel des constructions ont été élevées écherra au constructeur, ou bien il écherra à un autre communiste.

383. — 1° *La construction tombe au lot du constructeur.*

En ce cas, pas de difficulté. Par l'effet déclaratif du partage, le constructeur est censé avoir été propriétaire de l'immeuble depuis l'ouverture de la succession, c'est-à-dire depuis le commencement de l'indivision. Il est donc réputé avoir construit sur son propre terrain.

384. — 2° *La construction échoit à un autre communiste.*

Nous arrivons alors à une solution diamétralement opposée. L'effet déclaratif du partage fait considérer le communiste auquel échoit le sol qui supporte la construction comme

ayant toujours été propriétaire de cet immeuble. Le constructeur, de son côté, est censé n'avoir jamais eu sur lui aucun droit : il a construit sur le terrain d'autrui ; il faut lui appliquer l'article 555.

L'ex-communiste peut-il du moins se prétendre de bonne foi et éviter ainsi la démolition ? Nous ne le croyons pas. Il savait fort bien qu'il n'était pas unique propriétaire, il connaissait l'existence de ses copropriétaires ainsi que leur droit, il devait respecter ce droit égal au sien. Il n'ignorait pas que l'indivision n'est qu'un état transitoire, que le partage aurait lieu, que parmi les lots tirés au sort il était possible, probable même, que l'immeuble sur lequel il construisait vint à échoir à un autre que lui. Il ne réunit pas les conditions requises pour la bonne foi : croyance à sa qualité de véritable et unique propriétaire, juste titre.

Nous le traiterons donc en tiers de mauvaise foi. Le communiste auquel l'immeuble est échu peut donc, à son choix, exiger la démolition de la construction, ou la conserver en indemnisant le constructeur du montant intégral de l'impense.

385. — C'est là une solution que n'a pas toujours admise la jurisprudence. Certains arrêts ont voulu l'éviter en décidant qu'il fallait en pareil cas mettre d'office le bâtiment et le terrain qui le porte dans le lot du constructeur. Aux termes de ces décisions, la règle du tirage au sort ne serait pas absolue : elle serait écrite seulement en vue du *plerumque fit*. On peut donc y déroger dans certains cas et procéder par attribution dans des hypothèses exceptionnelles comme celle-ci (1).

La doctrine appliquée par ces arrêts nous semble inadmis-

(1) Cass., 11 août 1808, Sir., 1808. I. 529. — Metz, 10 juin 1852, Sir., 1854. II. 276.

sible. Le texte de la loi et l'équité sont d'accord pour la rejeter.

Le droit romain et l'ancien droit français donnaient au juge un pouvoir que nos lois actuelles ne lui reconnaissent plus. Le préteur et nos anciens tribunaux pouvaient, lorsque la loi leur paraissait incomplète ou mauvaise, suppléer à ses lacunes et même la modifier. Aujourd'hui le juge n'a qu'une fonction, un devoir : appliquer la loi. Et ici en particulier les termes absolument impératifs de l'article 834 empêchent nos tribunaux de s'écarter en aucune circonstance de la règle qu'il pose : « Les lots seront tirés au sort ». L'égalité des partages est une des règles fondamentales de notre système moderne des successions. Le législateur a eu soin de formuler des règles précises pour toutes les opérations du partage, justement afin d'empêcher que par des subterfuges quelconques on ne tourne son principe. Il faut considérer tous les textes qui traitent du partage comme impératifs, et notamment il faut appliquer la règle de l'article 834 dans toute sa rigueur.

Décider que, quand un héritier aura construit sur l'héritage commun, l'immeuble sur lequel il aura bâti sera mis dans son lot par voie d'attribution, ne serait-ce pas permettre à un cohéritier de choisir avant les autres ?

386. — Nous trouvons la solution que nous avons admise remarquablement motivée dans les considérants d'un arrêt de Toulouse :

« Attendu que l'égalité qui doit présider en matière de partage, a déterminé le législateur à prescrire la formation des lots pour être ensuite attribués aux copartageants par la voie du sort, et que ce n'est que dans l'impossibilité ou dans le cas d'extrême difficulté pour en agir ainsi, que les tribunaux peuvent se déterminer à autoriser que le partage soit fait par attribution ;

« Attendu que dans l'espèce, rien n'établit cette impossibilité ni cette grande difficulté, qu'il n'y a donc pas lieu à l'ordonner, avec d'autant plus de raison que Jean Ponian, devant prévoir que la pièce de Lacroux pourrait, lors du partage, ne pas échoir à son lot, aurait à se reprocher d'y avoir prématurément fait des constructions, et qu'en les faisant, il s'est volontairement exposé aux chances qu'il peut courir, et que dans tous les cas, il n'a pu, par son propre fait, empêcher qu'il soit procédé au partage conformément à la loi.. » (1).

C'est la solution qu'admettent les meilleurs auteurs, et c'est celle à laquelle se sont rangés plusieurs monuments de la jurisprudence, dont les arrêts les plus récents de la Cour suprême (2).

387. — SECONDE HYPOTHÈSE. Il y a *licitation*.

De trois choses l'une : la licitation de l'immeuble construit aura lieu au profit, — ou bien du constructeur, — ou bien d'un autre communiste, — ou bien d'un tiers.

Nous allons examiner successivement les trois termes de ce dilemme.

388. — I. *La licitation a lieu au profit du constructeur*.

Lorsque la licitation a lieu au profit d'un copartageant, les effets de la licitation sont, non pas ceux d'une vente, mais ceux d'un partage : il y a lieu, en particulier, à l'application de l'effet déclaratif (3). Le constructeur qui se porte acquéreur de l'immeuble sur lequel il a bâti est donc réputé en avoir toujours été propriétaire. Il ne peut plus, on le comprend, être question de démolition.

(1) Toulouse, 30 août 1837, Sir., 1838. II. 384.

(2) AUBRY et RAU, t. VI, § 624, note 36, p. 554. — DEMOLOMBE, t. XV, nos 679 et 680. — LAURENT, t. X, n° 335.

Cass., 27 février 1838, Sir., 1838. I. 216. — Cass., 19 mars 1844, Sir., 1844, I. 301. — Cass., 26 avril 1847, Sir., 1847. I. 810. — Cass., 11 août 1875, Sir., 1876. I. 468, et Dall., 1875. I. 461.

(3) Art. 883. Civ.

Mais il peut s'élever une question d'indemnité. Car si on a adjugé l'immeuble avec les constructions qu'il portait, on a dû en obtenir un prix supérieur à ce qu'eût produit l'immeuble nu. Le constructeur acquéreur se trouverait donc payer pour ses propres constructions, et ses copartageants s'enrichiraient à ses dépens. Il pourra donc demander qu'il soit retranché de son prix une somme égale à la plus-value procurée à l'immeuble par les constructions : de sorte qu'il ne sera porté comme débiteur vis-à-vis de la succession à raison de la licitation que pour une somme égale à la valeur de l'immeuble nu. Ce qui est parfaitement conforme à l'équité.

389. — II. *La licitation a lieu au profit d'un communiste autre que le constructeur.*

En ce cas, la combinaison des règles de l'équité avec les conséquences de l'effet déclaratif ne laisse pas que d'être délicate. Pour plus de clarté, il faut poser une espèce : Primus, Secundus et Tertius sont cohéritiers ; sur l'un des immeubles communs, Primus construit une maison augmentant considérablement la valeur de l'immeuble. Les trois cohéritiers ne peuvent s'entendre relativement au partage en nature : il est difficile de faire des lots où meubles et immeubles, droits et créances entrent dans des proportions semblables ; on licite, Secundus se porte acquéreur.

Il faut, pensons-nous, distinguer suivant que le cahier des charges contient ou non une clause relative aux droits de l'acquéreur sur les constructions.

390. — A. S'il y a une clause insérée au cahier des charges de la licitation, elle fait la loi des parties. Toute la mission du juge consistera à l'interpréter conformément à l'intention des parties.

En particulier si la clause spécifie que la licitation porte

sur l'immeuble nu et réserve pour l'adjudicataire les droits et actions qui lui peuvent compéter relativement aux constructions, le communiste acquéreur, Secundus, sera, par la fiction de l'effet déclaratif, censé propriétaire de l'immeuble depuis l'ouverture de la succession ; Primus sera réputé avoir construit sur le terrain d'autrui ; Secundus aura le choix d'exiger la démolition ou de conserver les constructions en indemnisant Primus.

391. — B. Rien n'a été inséré au cahier des charges relativement aux constructions. Ce sera aux tribunaux à rechercher l'intention des copartageants. Le prix de la licitation sera un important élément d'appréciation.

Si le prix ne représente que la valeur du terrain nu, l'acquéreur Secundus sera dans la même situation que dans l'hypothèse d'une clause réservant les droits et actions de l'adjudicataire relativement aux constructions : il aura le choix entre la démolition et la conservation moyennant indemnité.

Si le prix représente la valeur de l'immeuble avec les constructions qu'il porte, il y a lieu de tenir compte au constructeur de la plus-value donnée à l'immeuble par ses constructions.

Il y a là essentiellement une question de fait, une question d'intention, qui sera parfois délicate à résoudre.

392. — III. *La licitation a lieu au profit d'un tiers.*

La licitation est, en ce cas, une vente ordinaire, dénuée de tout effet rétroactif. Le fonds a été vendu tel qu'il se trouvait lors de l'adjudication, avec les bâtiments qui le couvraient. L'adjudicataire est par suite propriétaire du tout : à son égard aucune question de démolition ou d'indemnité ne se pose.

Le point à régler, c'est le partage du prix entre les com-

munistes. Ce prix en effet a dû être plus élevé qu'il l'eût été primitivement, car les constructions ont donné à l'immeuble une plus-value. C'est cette plus-value qu'il nous paraît équitable de donner au constructeur : les autres communistes s'enrichiraient dans une certaine mesure, à ses dépens, ce qu'il ne faut pas permettre.

Ce sera au constructeur à demander à ses copartageants que, dans le partage, compte lui soit tenu de cette plus-value. Ce sera à lui aussi à prouver qu'il y a plus-value et à en établir le montant — ce qui le plus souvent ne pourra se faire que par expertise. Il sera alors fait du prix d'adjudication deux parts. La première, représentant la valeur du fonds, abstraction faite des constructions — sera partagée entre les communistes. La seconde, égale à la plus-value donnée à l'immeuble, sera attribuée au constructeur.

Dans ce cas, le constructeur subira le plus souvent les conséquences de la faute qu'il avait commise en construisant sur le fonds commun. Il ne recevra que la plus-value, presque toujours sensiblement inférieure à l'impense. Il ne fera de bénéfice que dans le cas très exceptionnel où la plus-value serait supérieure.

SECTION II. — Des constructions élevées par un propriétaire sous condition suspensive.

393. — Le cas est rare, dans la pratique, où un propriétaire sous condition suspensive élève des constructions sur le sol dont il n'est propriétaire que sous cette condition. Généralement la détention et la jouissance, les avantages de la propriété sont au propriétaire sous condition résolutoire : car qui parle d'un propriétaire sous condition suspensive sous-

entend l'existence corrélatrice d'un propriétaire sous condition résolutoire.

Étant donné le peu d'intérêt pratique de notre hypothèse, nous déterminerons très rapidement les solutions que commandent les principes de cette matière, soit *pendente conditione*, soit lors de la défaillance ou de l'arrivée de la condition.

394. — *Pendente conditione*, le propriétaire sous condition suspensive ne peut faire sur l'immeuble aucun acte de jouissance ou de disposition. S'il cède, s'il hypothèque son droit, ainsi que le lui permet l'article 2125, l'acquéreur ne pourra jouir de l'immeuble, le créancier hypothécaire ne pourra le saisir, que quand la condition se sera réalisée. Il n'est pas propriétaire, il espère le devenir.

Le sol est aux mains du propriétaire sous condition résolutoire : c'est celui-ci qui a, pour le moment, tous les droits sur l'immeuble. C'est, l'expression rend bien la situation, un propriétaire intérimaire, qui peut d'ailleurs par la défaillance de la condition devenir propriétaire titulaire.

Si donc le propriétaire sous condition suspensive construit, il construit véritablement sur le terrain d'autrui. Par l'effet de l'accession, les bâtiments appartiennent, comme le sol lui-même, au propriétaire sous condition résolutoire. Le propriétaire sous condition suspensive n'a à leur égard que l'espérance d'en devenir propriétaire.

Le propriétaire sous condition résolutoire a le droit de traiter le constructeur comme un tiers : celui-ci ne peut invoquer son droit de propriété subordonné à l'arrivée d'une condition ; tant que cette condition n'est pas réalisée, il n'a aucune force. Le propriétaire sous condition résolutoire a, à l'égard des constructions, tous les droits que l'article 555 donne au propriétaire véritable et absolu. Le constructeur, de

son côté, est nécessairement de mauvaise foi ; il ne peut rien invoquer en sa faveur de ce qui constitue la bonne foi : il a un titre, c'est vrai ; mais justement ce titre lui apprend qu'il n'est pas propriétaire, qu'il ne le sera que si la condition se réalise ; ce titre lui enseigne le peu de consistance de son droit, *pendente conditione* ; le titre lui-même le constitue de mauvaise foi. Ce sont donc les dispositions de la première partie de l'article 555 qu'il faut lui appliquer.

Le propriétaire sous condition résolutoire pourra donc exiger la démolition des constructions. Il pourra, s'il le préfère, les conserver en indemnisant le constructeur. Quel sera le montant de cette indemnité ? L'équité, nous l'avons déjà dit, commanderait que ce fût seulement la plus-value. Mais nous devons appliquer la solution de l'article 555 et décider que l'indemnité comprendra la totalité de l'impense. Nous savons d'ailleurs qu'en fait le propriétaire ne consentira que bien rarement à payer une indemnité si considérable et que, usant de la menace d'exiger la démolition, il obtiendra toujours du constructeur une forte réduction.

395. — Telle est la solution lorsque la question de démolition ou de conservation se pose *pendente conditione*. Supposons maintenant que la condition défaille ou se réalise avant que le propriétaire sous condition résolutoire ait soulevé la question des constructions.

Que la condition défaille, et alors le propriétaire intérimaire, ainsi que nous appellions le propriétaire sous condition résolutoire, devient propriétaire titulaire. Son droit, de précaire qu'il était, devient définitif et irrévocable : il est même censé avoir toujours été tel. A plus forte raison, peut-il alors reprocher au propriétaire sous condition suspensive, dont le droit est rétroactivement évanoui, d'avoir construit sur le terrain d'autrui : c'est *à fortiori* que nous devons

maintenir ici la solution donnée alors que la condition était encore pendante.

396. — Si la condition se réalise, la situation change. De précaire, d'inconsistant, pour ainsi dire, qu'était le droit du propriétaire sous condition suspensive, nous le voyons soudain devenu complet, absolu, irrévocable, définitif. Il y a plus : la condition venant à s'accomplir a un effet rétroactif (1). Le propriétaire sous condition suspensive est censé avoir toujours été propriétaire, ou tout au moins l'avoir été depuis le jour du contrat. Il s'en suit que le terrain qu'il a construit est réputé lui avoir toujours appartenu : il a construit sur son propre terrain. D'autre part, le propriétaire sous condition résolutoire n'a plus aucun droit, il est censé n'avoir jamais été propriétaire. Il ne peut donc désormais être question ni de démolition ni d'indemnité.

SECTION III. — Des constructions élevées par un propriétaire sous condition résolutoire.

396 *bis*. — Nous aurons, dans cette section, à poser tout d'abord une théorie générale ; puis, parcourant notre Code pour y chercher les cas les plus intéressants ou les plus pratiques de résolution ou de révocation de la propriété, nous déterminerons, d'une part, à quelles hypothèses la théorie générale doit s'appliquer, et, d'autre part, quelles circonstances particulières, quels principes spéciaux, quels textes y apportent des dérogations.

§ 1. — Théorie générale.

397. — Le propriétaire sous condition résolutoire a la jouis-

(1) Art. 1179. Civ.

sance et la disposition de la chose : il en est le véritable propriétaire, il a sur elle tous les droits du maître, il exerce sur elle tous les attributs de la propriété. Il perçoit les fruits, il administre. Mais son droit de propriété est soumis à une condition résolutoire ; c'est dire qu'il est constamment menacé. Si tous les actes qu'il fait sont valables, ils sont affectés — du moins tous les actes autres que ceux de pure administration — ils sont affectés de la même condition que la propriété.

Pendente conditione, les actes du propriétaire sous condition résolutoire ne sont donc que provisoirement valables.

Vienne la condition à défaillir, le droit de propriété devient irrévocable. Les actes passés antérieurement sont définitivement valables. Le propriétaire — dont le droit était résoluble sous la condition défaillie — est censé avoir toujours eu ce droit complet et parfait.

Vienne au contraire la condition à se réaliser, tous ses droits disparaissent. Il y a plus : par la rétroactivité de la condition, il est censé n'en avoir jamais eu aucun : tous les actes de disposition qu'il a faits sont anéantis.

Dans une semblable situation, il est au moins prudent de ne pas construire. Mais ce propriétaire sous condition résolutoire n'écoute pas les conseils de la prudence, il espère que jamais la condition ne se réalisera, il construit. Quelle sera la condition juridique de ces constructions *pendente conditione* ? Quel sera leur sort suivant que la condition viendra à défaillir ou à se réaliser ?

398. — I. *Pendente conditione*, le propriétaire sous condition résolutoire est véritablement propriétaire de la construction qu'il a élevée. Son droit de propriété n'est nullement attaqué : il devra seulement, si la condition se réalise, restituer l'immeuble à celui qui en est propriétaire sous condition

suspensive. Son droit est plein et entier, mais subordonné à une condition.

Ainsi que nous l'avons vu dans tout le cours de cette étude, l'accession a pour effet d'incorporer juridiquement le bâtiment à l'immeuble, de l'identifier à lui. Il en résulte que le propriétaire du sol est toujours propriétaire du bâtiment et que le constructeur ne peut avoir sur l'édifice que le droit qu'il a sur le terrain lui-même. Le propriétaire sous condition résolutoire a sur le sol un droit conditionnel et résoluble, il n'a sur le bâtiment que le même droit également conditionnel et également résoluble.

De ce que, tant que la condition ne s'est pas réalisée, il a sur le sol un véritable droit de propriété et peut exercer tous les droits dont se compose ce droit le plus absolu de tous, nous tirerons les conséquences suivantes :

Il peut aliéner le terrain et le bâtiment — ou l'un d'eux seulement, — consentir sur eux des servitudes ou en stipuler à leur profit, il peut en disposer de toute façon.

Il perçoit les fruits du sol : de même il touchera les loyers de l'édifice ou en jouira.

Les créanciers pourront saisir la construction comme le sol, et il peut les leur donner en antichrèse ou les leur hypothéquer.

Pour défendre le bâtiment comme pour défendre le sol, il a toutes les actions pétitoires ou possessoires. Lui enlève-t-on la possession de l'édifice, il la recouvrera en intentant la réintégrande ; le trouble-t-on, il intentera la complainte.

En un mot, propriétaire, il a tous les droits et actions du propriétaire : il peut jouir et disposer de la construction comme du sol.

399. — Tout autre est la situation du propriétaire sous condition suspensive, à l'égard des constructions qu'a élevées

le propriétaire sous condition résolutoire. Il n'est pas propriétaire, il espère seulement le devenir. Sans doute, il a un droit, et ce droit porte sur la construction comme sur le sol : mais c'est un droit bien incertain. Reconnaissons lui cependant le droit d'hypothéquer et d'aliéner ; sa cession, sa constitution d'hypothèque seront soumises à la condition inverse de celle qui atteint la cession ou la constitution que peut consentir le propriétaire sous condition résolutoire. L'événement qui donne la vie aux actes de l'un frappe de mort les actes de l'autre.

400. — II. *Si la condition résolutoire vient à défaillir*, les droits du propriétaire qui y étaient soumis se trouvent confirmés. D'inconsistants qu'ils étaient, ils se trouvent en quelque sorte solidifiés. Ils sont même censés avoir toujours été tels. Désormais les actes que le propriétaire avait faits alors qu'il était encore menacé de la condition sont parfaitement valables et définitifs. Il se trouve propriétaire incommutable du bâtiment qu'il avait construit. Il est censé avoir construit sur son propre terrain. Il n'a donc plus rien à craindre.

A l'inverse celui qui était propriétaire sous condition suspensive voit son droit à jamais perdu. La cession qu'il avait faite, l'hypothèque qu'il avait consentie s'évanouissent, sont censées n'avoir jamais été contractées.

En présence du droit absolu du constructeur, en l'absence de tout droit chez l'ancien propriétaire sous condition suspensive, aucun conflit ne peut s'élever : il ne sera question ni de démolition, ni d'indemnité.

401. — III. Mais le cas intéressant, le cas où se présentent toutes les difficultés, c'est le cas de la *réalisation de la condition*.

Le propriétaire sous condition résolutoire cesse d'avoir aucun droit sur la chose ; bien plus, il est censé n'avoir ja-

mais été propriétaire. En raison de cette fiction de rétroactivité attachée à l'événement de la condition, tous les actes qu'il a passés, les cessions, les hypothèques, les servitudes qu'il a pu consentir, sont réputées non avenues. S'il a construit, le bâtiment continue à subsister ; la fiction ne peut rien sur la réalité tangible ; mais il est réputé avoir été construit sur le fonds d'autrui.

Et cet autrui, c'est celui qui était propriétaire sous condition-suspensive. Son droit, son espérance de droit plutôt, a pris consistance. Il a désormais sur la chose un droit de propriété définitif et irrévocable. Mieux encore, la fiction de la rétroactivité donne à ce droit une portée extraordinaire : il n'a pas effet seulement pour le présent et pour l'avenir, il produit effet aussi sur le passé. Ce propriétaire est censé l'avoir été depuis le jour où a pris naissance son droit conditionnel.

De cette époque, le propriétaire sous condition résolutoire est censé n'avoir eu aucun droit, et le propriétaire sous condition suspensive est réputé avoir eu les droits qu'il exerce maintenant.

Propriétaire du sol, celui-ci est propriétaire aussi de la construction : c'est une conséquence du phénomène de l'accession. Il peut donc garder le bâtiment, ce n'est pas douteux : sans cela, que deviendrait le principe fondamental de toute cette matière, principe que nous avons étudié au commencement de ce travail : « Qui a le sol a le bâtiment » ? Et il peut conserver la construction même contre le gré du constructeur. Mais il est bien certain aussi, l'équité l'exige, que s'il garde le bâtiment il devra indemniser le constructeur. Quel sera le montant de l'indemnité ?

Il peut conserver la construction, disons-nous. Mais ne peut-il aussi la refuser ? Ne peut-il, si la construction ne lui

convient pas, ou s'il ne veut pas avoir d'indemnité à payer, en exiger la démolition ?

Voilà les deux grandes questions à résoudre. Bien que les opinions les plus variées aient été émises par les auteurs, opinions que nous indiquerons rapidement, il nous semble que le principe général, que la double solution cherchée résulte clairement de l'application combinée du principe de la rétroactivité de la condition et de la règle générale, nous l'avons vu, de l'article 555.

402. — Certains auteurs, dont M. Demolombe, n'admettent pas que les constructions puissent être démolies. Nous savons que cet auteur considère le droit d'exiger la démolition comme un *droit barbare*, et qu'il s'efforce d'en restreindre les cas d'application. Nous connaissons aussi son esprit prétorien, qui lui fait souvent préférer les considérations de raison et d'équité aux arguments de textes.

M. Laurent, dont la méthode contraire veut une interprétation rigoureuse des textes et une stricte application du droit, admet ici le droit pour le propriétaire de faire enlever les ouvrages. C'est, selon lui, une conséquence de son droit de propriété.

D'autres tranchent la difficulté par une distinction, admettant la démolition ou la rejetant, selon qu'une plus ou moins grande faveur leur semble devoir être accordée aux propriétaires sous condition résolutoire. Parmi eux, les uns pensent qu'il y a lieu d'appliquer l'article 555, les autres cherchent des textes spéciaux ou s'appuient sur les seules règles de l'équité.

403. — Pour nous, il nous semble qu'une exacte analyse de la situation juridique que nous étudions et la généralité des termes de l'article 555 nous conduisent à appliquer ici encore les décisions de ce texte. En principe, le propriétaire

a le droit d'exiger la démolition des ouvrages construits sur son terrain par un étranger. Ce principe ne pourra céder que dans certaines circonstances où une situation particulièrement favorable, une absence complète de faute de la part du constructeur ou même des textes spéciaux nous commanderont une autre solution.

Le droit pour le propriétaire d'exiger l'enlèvement des constructions élevées sur son terrain par un tiers et de se soustraire ainsi au paiement d'une indemnité est un principe fondamental, en droit comme en équité. En droit, c'est la sanction nécessaire du droit de propriété. En équité, c'est la conséquence de ce que nul ne peut imposer à autrui une obligation contre son gré.

On ne peut admettre qu'un tiers puisse, en construisant sur le sol d'autrui, en violant le droit le plus absolu, le droit qui est la base de la société, imposer au propriétaire des constructions qu'il n'a pas commandées, dont il n'a nul besoin, dont il ne veut pas. Il est non moins inadmissible que ce même tiers vienne, en lui imposant ces constructions, lui imposer aussi le paiement d'une indemnité parfois considérable. C'est ce qui fait que la règle de l'article 555, n'étant que l'expression de la plus pure justice, peut s'étendre par analogie.

Mais ici il n'est même pas besoin d'argumenter par analogie. Par l'effet de la rétroactivité de la condition résolutoire, l'ancien propriétaire n'est censé avoir eu — depuis l'acte qui a transféré la propriété avec clause résolutoire — aucun droit sur la chose, et inversement le nouveau maître est réputé avoir été depuis lors propriétaire. L'ancien propriétaire, sans doute, a possédé l'immeuble, cela est indéniable : mais son titre de propriété indiquait bien la condition qui menaçait son droit ; il ne pouvait donc ignorer ce que sa propriété

avait d'incertain, de précaire ; le titre lui-même servait à le constituer de mauvaise foi. Nous sommes donc bien en présence d'un cas de constructions élevées sur le terrain d'autrui par un tiers détenteur de mauvaise foi. Nous sommes dans les termes mêmes de l'article 555, et le droit d'exiger la démolition ne peut être contesté au propriétaire.

404. — Les auteurs qui n'admettent pas l'application de l'article 555 arrivent au même résultat en s'appuyant sur les règles de la condition résolutoire. Ainsi que le dit l'article 1183 : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Dans l'hypothèse, disent-ils, d'un acte translatif de propriété affecté d'une condition résolutoire, le propriétaire au profit de qui se réalise cette condition peut donc exiger, aux termes mêmes de cet article, que les choses soient remises dans l'état où elles se trouvaient lors de la passation de cet acte. Ce qui implique nécessairement le droit d'exiger la démolition des constructions élevées par l'ancien propriétaire *pendente conditione* (1).

Cette argumentation ne fait que confirmer la solution que nous avons admise.

405. — Le résultat semble dur à M. Demolombe (2). Il nous paraît au contraire fort équitable. Le nouveau propriétaire n'a rien à se reprocher, il n'a commis aucune faute, aucune négligence. L'ancien propriétaire, au contraire, a commis une faute, et même une faute grave. Il savait fort bien tout ce que son droit avait de précaire : il n'ignorait pas, il ne pouvait ignorer l'existence de cette condition qui le menaçait continuellement. Qu'elle se réalise, et soudain tous ses droits

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 204, note 18, p. 262.

(2) DEMOLOMBE, t. IX, n° 691, *bis*.

s'évanouiraient. Dans une semblable situation, la prudence la plus élémentaire lui commandait de ne pas bâtir. Il devait, s'il désirait élever un bâtiment, attendre que l'arrivée ou la défaillance de la condition vint le fixer sur la portée de son droit. Il n'en a rien fait : avec une imprudence inouïe, il a construit. S'il a commis une faute aussi lourde, il nous paraît absolument juste que ce soit lui qui en supporte toutes les conséquences. Le propriétaire sous condition suspensive supporterait une partie de ces conséquences s'il était contraint de conserver les constructions. D'où le droit, pour lui, d'exiger la démolition.

Qu'on argue de la rétroactivité de la condition et de la généralité des termes de l'article 555, qu'on raisonne du texte de l'article 1183, qu'on s'appuie sur les principes de l'équité, la même règle apparaît : le propriétaire au profit duquel s'est accomplie la condition résolutoire ne peut être contraint à conserver les constructions élevées sur son terrain, il peut obliger le constructeur à les démolir.

406. — Quant à la question du montant de l'indemnité due par le nouveau propriétaire au cas où il conserve les constructions, nous l'avons résolue implicitement en décidant que la première partie de l'article 555 s'applique à la situation qui nous occupe. L'indemnité sera égale à l'intégralité de l'impense, sauf au propriétaire à user de la menace de démolition pour réduire les prétentions du constructeur.

§ 2. — Examen des cas particuliers.

407. — Le principe que nous venons de poser est un principe général. Mais il est des cas particuliers de condition résolutoire ou de révocation, où le propriétaire dont le droit est soumis à cette condition ou sujet à cette révocation, ne

commet aucune faute grave en construisant, où le peu de probabilité de réalisation de la condition lui permet de se conduire comme le propriétaire normal, dont le droit est absolu et définitif. Dans ces cas, la solution que commanderait notre principe serait évidemment trop rigoureuse et dépasserait certainement l'intention du législateur. Des principes spéciaux, des textes parfois nous amèneront à écarter l'application du principe général pour rechercher une solution plus conforme à ces principes spéciaux, à ces textes, ou à l'équité.

Nous allons rapidement parcourir le Code pour y relever les cas de résolution ou de révocation les plus fréquents ou les plus remarquables. Nous examinerons pour chacun d'eux le traitement que mérite le propriétaire constructeur dont le droit était menacé de résolution ou de révocation. Nous n'oublions jamais que le principe est le droit de démolition, mais nous saurons accorder à ceux qui n'ont commis ni faute, ni imprudence, la faveur que mérite leur situation.

I. — *De l'envoyé en possession provisoire ou définitive des biens de l'absent.*

408. — Il faut donner deux solutions bien distinctes suivant que l'envoi en possession est provisoire ou définitif : les droits et pouvoirs de l'envoyé diffèrent en effet considérablement.

409. — A. Au cas d'envoi en possession provisoire, nous ne sommes pas véritablement en présence d'un cas de propriété résoluble ou révocable : il y a plutôt mandat d'administrer, ainsi que nous allons le voir. Mais cette situation mérite d'être examinée : dans notre revue des articles du Code, elle trouve naturellement sa place ici.

410. — L'article 125 dispose : « La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra compta-

bles envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles ».

Nous sommes alors dans la période où on espère encore le retour de l'absent. C'est dans son intérêt que la loi donne à un mandataire intéressé lui-même à la prospérité du patrimoine qui lui est confié, à l'héritier présomptif, l'administration de ses biens. Le texte de notre article marque bien tout ce qu'a de précaire la possession de l'envoyé provisoire, par la comparaison — car ce n'est évidemment qu'une comparaison — avec un dépôt. L'envoyé en possession durant cette période est un mandataire qui devra rendre compte de sa gestion à l'absent. C'est un administrateur et ses pouvoirs se bornent aux actes d'administration.

Si donc, durant la période de la possession provisoire, l'envoyé construit sur les biens de l'absent, il commet une grave imprudence (1). Que l'absent revienne, ce qui est très possible tant qu'on est encore dans cette période, et il verra ce à quoi il s'était exposé. Elever des constructions, bâtir une maison, cela ne rentre plus dans les pouvoirs d'un administrateur : c'est au contraire ce qu'on nomme un acte de disposition. Il a donc agi en dehors du mandat qui lui était donné. Nous lui appliquerons les règles que nous avons reconnues exactes en ce qui concerne un mandataire qui dépasse les pouvoirs que lui avait donnés le mandant. Si l'absent vient à reparaitre, et qu'il ne trouve pas les constructions à son goût ou qu'il les trouve trop dispendieuses, qu'il refuse de les prendre à son compte, l'envoyé en possession se verra obli-

(1) Nous mettons de côté le cas, absolument exceptionnel, où on pourrait considérer la construction d'un bâtiment comme un acte d'administration. En pareille occurrence, il faudrait évidemment appliquer les règles posées plus haut en ce qui concerne un mandataire qui exécute fidèlement son mandat : l'absent de retour sera réputé avoir construit lui-même, et devra rembourser l'impense intégralement.

gé de les démolir et l'ex-absent pourra encore lui demander des dommages-intérêts, s'il y a eu dégradation. Heureux sera notre envoyé trop entreprenant si l'absent de retour ne se montre pas intraitable et consent à garder les constructions pour une somme égale ou inférieure à la plus-value, toujours bien loin d'atteindre l'impense.

411. — C'est en vain que l'on essaierait de contredire à cette décision en arguant de l'article 127 qui attribue à l'envoyé en possession provisoire une part de fruits de plus en plus grande à mesure que l'absence se prolonge, et même la totalité, s'il y a trente ans et plus que l'absent a disparu. De cette disposition on a voulu conclure que l'envoyé devait être considéré comme un possesseur de bonne foi : d'où refus à l'absent de retour du droit d'exiger la démolition, et fixation de l'indemnité à la plus-value ou à l'impense, à son choix.

La disposition de l'article 127 s'explique facilement : la part de fruits est une rétribution pour l'administrateur. Il est impossible d'en conclure, ainsi qu'on a voulu le faire, que l'envoyé est un possesseur de bonne foi : l'article 125 s'y oppose de la façon la plus explicite, en montrant le caractère précaire de sa possession.

412. — B. Tout autre est la situation de l'envoyé en possession définitive. Le retour de l'absent n'est plus probable : la présomption de mort l'emporte : c'est presque une certitude. On ouvre déjà la succession de l'absent : on appelle ses héritiers à la possession de ses biens. Ce n'est plus au nom de l'absent et dans son intérêt que l'envoyé possède, c'est en son nom propre. Il n'est plus un administrateur ; il est davantage, il est véritablement propriétaire. Du propriétaire il a tous les droits : ses actes sont inattaquables, même quand ce sont des actes de disposition.

Ainsi que le dit l'article 132 : « Si l'absent reparait, ou si

son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvre ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus ».

L'envoyé en possession définitive peut aliéner, hypothéquer, grever de servitudes. A plus forte raison, il peut construire : il peut bâtir une maison aussi somptueuse qu'il lui plaît, il peut couvrir un terrain vague d'usines et de bâtiments ; il n'excède en rien ses pouvoirs, car il possède le plus absolu de tous, le pouvoir de propriétaire.

413. — Après une longue absence, quarante ans et plus peut-être sans nouvelles, l'absent reparaît ; il se fait reconnaître. Il trouve son immeuble couvert de constructions. Sans doute l'envoyé en possession voit son droit s'évanouir et il est contraint de restituer ses biens à l'absent de retour. Mais, en ce qui concerne les constructions, peut-on lui adresser quelque reproche ? La loi elle-même ne lui avait-elle pas donné tout lieu de croire à la mort de l'absent et à l'irrévocabilité de son propre droit ? S'il y a eu imprudence, n'est-elle pas plutôt du côté de l'absent, qui pendant si longtemps n'a pas donné signe de vie ?

Quels que soient les deniers employés au paiement de la construction, nous refusons absolument à l'absent de retour tout droit de démolition. C'est ce que commande l'équité, c'est ce qu'admet la loi écrite. L'envoyé en possession définitive a le plus souvent agi de bonne foi : il a, à sa possession, un juste titre. En outre, en construisant, il n'a fait qu'exercer un droit que la loi reconnaît. Nous devons donc refuser au propriétaire, c'est-à-dire à l'absent de retour, le droit d'exiger la démolition : il conservera donc les constructions, et il devra une indemnité à l'envoyé constructeur.

414. — Quant au montant de cette indemnité, on ne peut

le déterminer qu'en distinguant suivant que les deniers qui ont servi au paiement de la construction provenaient du patrimoine de l'absent ou de la fortune personnelle de l'envoyé en possession.

Dans le premier cas, en effet, la construction élevée avec les deniers de l'absent constituait un de ses actes de disposition parfaitement permis à l'envoyé : c'a été un mode d'emploi pour des capitaux disponibles, et l'absent de retour doit accepter les biens provenant d'emploi ou de remploi aux lieux et place des sommes ou des biens qu'ils représentent. Donc l'envoyé n'aura qu'à porter en dépenses dans le compte qu'il rendra à l'absent de retour les sommes qu'a coûtées la construction.

Si c'est de ses propres deniers que l'envoyé a construit sur l'immeuble de l'absent, il faut, pensons-nous, s'inspirer des règles d'équité déposées dans l'article 555 en vue d'un cas présentant avec celui-ci une très grande analogie. Nous fixerons donc le montant de cette indemnité comme le fixe ce texte en faveur du possesseur de bonne foi. Le propriétaire — au cas particulier, l'absent de retour — remboursera donc à l'envoyé en possession le montant intégral de l'impense, ou seulement une somme équivalente à la plus-value procurée à l'immeuble par la construction. Le choix entre ces deux sommes est toujours en corrélation avec l'obligation de conserver les constructions.

II. — *Du donataire soumis au rapport de l'immeuble donné.*

415. — Une situation analogue — mais analogue seulement, nous l'allons voir — à celle d'un propriétaire dont le droit est anéanti par l'arrivée d'une condition résolutoire, est celle du donataire soumis au rapport en nature. Les choses, par l'effet du rapport, se trouvent pour ainsi dire remises en

l'état où elles seraient si la donation n'avait jamais été faite.

Remarquons tout ce que cette hypothèse a de favorable. Le donataire savait, c'est incontestable, qu'il serait obligé, à la mort du donateur, de rapporter son immeuble. Mais il est impossible de l'assimiler à un possesseur de mauvaise foi et de le traiter comme tel. Il détient l'immeuble en vertu d'un titre translatif de propriété qui n'est entaché d'aucun vice et qui lui donne la propriété pleine et entière. Cette sorte de condition résolutoire qu'on peut voir dans l'obligation de rapporter est tout au moins une condition résolutoire d'une espèce particulière, si même c'est véritablement une condition résolutoire : l'effet rétroactif, en effet, caractéristique de la condition, ne se produit pas. Le donataire peut aliéner l'immeuble qui lui a été donné, et cette aliénation est parfaitement valable, elle est absolument inattaquable (1). En vertu de l'axiome : « Qui peut le plus peut le moins », il faut donc bien reconnaître qu'il peut construire.

On comprend fort bien pourquoi le législateur a permis au donataire d'aliéner l'immeuble, quoique sujet au rapport : il n'a pas voulu qu'une masse considérable de biens se trouvât ainsi immobilisée. Or l'intérêt général qui a édicté cette mesure exige aussi que le donataire puisse faire à l'immeuble des améliorations, puisse y élever des constructions. Serait-il admissible que certains terrains, se trouvant, par suite du développement d'une ville, dans un quartier populeux, fussent condamnés à rester à l'état de terrains vagues ? Ce serait à la fois mauvais au point de vue de la beauté de la ville et désavantageux pour le donataire.

416. — Si celui-ci, ainsi qu'il en a le droit, construit sur le fonds qu'il a reçu, il a tout lieu d'espérer conserver cet im-

(1) Art. 869. Civ.

meuble. Le propriétaire sous condition résolutoire, lui, a ordinairement autant de chances de voir son droit anéanti que de le voir confirmé. Il faut le concours de plusieurs circonstances défavorables pour que le donataire se trouve dépouillé : il y a en quelque sorte, plusieurs conditions de résolution (je ne dis pas conditions résolutoires) successives, et il faut que toutes se réalisent pour que le donataire perde son immeuble, il suffit qu'une seule défaille pour qu'il le conserve. On peut dire que le droit du donataire a infiniment plus de stabilité que celui du propriétaire sous condition résolutoire.

Le rapport, en effet, ne consiste pas toujours dans la remise dans la masse commune de l'objet lui-même : si souvent, faute qu'il y ait dans la succession d'autres immeubles du même genre, le rapport se fait en nature, il peut se faire aussi en moins-prenant. Quand le donataire construit, il lui est bien permis de penser que, lors de l'ouverture de la succession de son donateur, il s'y trouvera d'autres immeubles, dont l'attribution à ses cohéritiers lui évitera l'ennui de rendre l'immeuble qu'il possède. Les copartageants, d'autre part, ne sont pas toujours intraitables : il pourra s'entendre avec eux pour faire les parts à l'amiable, il pourra, s'il le faut, leur payer une soulte. Si l'on ne s'entend pas, l'immeuble peut être licité : en s'en portant acquéreur, le donataire gardera ses constructions. Enfin, dernier espoir, s'il doit y avoir partage en nature, le nombre des cohéritiers peut n'être pas très considérable, et le sort, pour peu qu'il lui fût favorable, pourrait lui faire échoir le lot comprenant son immeuble.

On voit que le donataire a bien des chances de conserver l'immeuble dans son patrimoine. Il y a mieux : il peut être certain de le garder, s'il consent à renoncer à la succession. Son droit est donc bien autrement solide que celui d'un pro-

priétaire sous condition résolutoire : il peut aliéner sans que son aliénation soit menacée ; il peut, s'il le veut, éviter d'être dépouillé de son immeuble.

Ajoutons que souvent un donataire soumis au rapport n'acceptera la succession de son donateur que par un sentiment particulièrement respectable, un sentiment d'honneur pour la mémoire du *de cuius*, en sacrifiant son intérêt à la bonne renommée du mort. Il importe donc, à ce point de vue encore, de lui accorder le traitement le plus favorable.

417. — Toutes ces raisons expliquent qu'en construisant le donataire ne commettait aucune imprudence. Souvent, s'il s'expose aux ennuis et même au préjudice d'un rapport, c'est par un sentiment qui doit lui attirer la faveur du législateur. Tous ces motifs conduisent à refuser aux cohéritiers du donataire le droit d'exiger la démolition des constructions que celui-ci aurait élevées sur l'immeuble rapporté ; et cela, non-seulement avant le partage, mais même après que le sort a fait tomber l'immeuble aux mains d'un autre donataire. Cette solution, commandée par les principes de l'équité comme par les considérations d'intérêt général que nous avons exposées, se trouve confirmée par l'article 861 : « Dans tous les cas, il doit être tenu compte au donataire des impenses qui ont amélioré la chose, eu égard à ce dont la valeur se trouve augmentée au temps du partage ». Le texte emploie le terme général de « impenses » qui comprend certainement les constructions.

Le donataire a donc droit à une indemnité égale à la plus-value que ses constructions procurent à l'immeuble (1).

Nous pouvons rapprocher cette solution de celle qu'édicté l'article 555 en faveur du possesseur de bonne foi, en remar-

(1) AUBRY et RAU, t. 11, § 204, note 18, p. 263. — LAURENT, t. XI, n° 16.

quant que celle-là crée en faveur du donataire un léger avantage pour le cas assez rare où l'impense est inférieure à la plus-value (1).

418. — Un autre avantage, plus sensible, est accordé au donataire par l'article 867 : « Le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble, peut en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses en améliorations ». Alors que nous avons dû refuser d'une façon générale le droit de rétention au possesseur de bonne ou de mauvaise foi, nous le voyons ici explicitement accordé au donataire par un texte.

III. — *Du donataire dont la donation est réduite comme excédant la quotité disponible.*

419. — De l'hypothèse précédente nous devons rapprocher celle où le donataire voit sa donation réduite comme excédant la quotité disponible.

Le donataire avait, dans ce cas encore, tout lieu de se croire propriétaire définitif et irrévocable. Si c'est un étranger, il n'avait pas à craindre d'être soumis au rapport, et lorsqu'il a reçu la donation, il ne pouvait contraindre le donateur à lui détailler la composition de sa fortune pour calculer si la libéralité excédait ou non la quotité disponible ; le donataire devait supposer que son bienfaiteur ne dépassait pas les limites permises ; souvent même, lorsque le donataire excède la quotité disponible, il le fait sans le savoir. Si c'est à un héritier que la donation est faite, il est dans la

(1) Cela est cependant nié par la jurisprudence et la majorité de la doctrine, qui décident qu'en pareil cas, le donataire n'a droit qu'à l'impense. Cette opinion nous paraît absolument contraire au texte très clair de l'article 861. — V. DEMANTE, *c. an.*, t. III, n° 197 bis, III. — DEMOLOMBE, t. II, n° 495. — Bastia, 9 mars 1841, rapporté au Rep. met. de Dalloz, V° Succession, n° 1271.

même situation en ce qui concerne la question de la quotité disponible, et s'il a à craindre le rapport il sait qu'il peut toujours s'y soustraire en renonçant à la succession.

Le donataire n'a donc commis aucune faute en construisant. Nous n'admettons pas que les héritiers puissent le contraindre à démolir. L'analogie entre la réduction et le rapport nous conduit à décider que l'indemnité à laquelle le donataire aura droit se calculera d'après la plus-value donnée à l'immeuble par les constructions qu'il y aura élevées.

420. — Cependant, si telle est la solution qu'il faut admettre en général, il faut redouter la fraude, assez fréquente en cette matière des donations excédant la quotité disponible. Souvent un donateur ne fait ainsi à un étranger une libéralité excessive que dans le but de réduire son patrimoine, de laisser le moins possible à ses héritiers légitimes et réservataires. Le donataire, de son côté, connaît souvent l'intention peu louable du donateur ; c'est parfois celui-là qui a indiqué à celui-ci le moyen de faire disparaître sa fortune.

Si en pareille circonstance ce donataire construit, il est très possible que ce ne soit qu'une nouvelle manœuvre pour empêcher l'exercice de l'action en réduction. Mais, ce donataire, s'il a un titre, n'en ignore pas le vice : il sait que son droit de propriété peut être attaqué. Nous sommes en présence d'un possesseur de mauvaise foi : nous lui appliquerons l'article 555, dans les termes duquel rentre parfaitement cette hypothèse. Les héritiers triomphant dans l'action en réduction pourront le contraindre à démolir ses constructions. Ainsi l'article 555 nous permet d'appliquer à la fraude un juste châtiment.

421. — L'opinion généralement reçue et à laquelle nous nous rangeons, est que le donataire à qui, à la suite de la réduction de sa donation, une indemnité est due pour construc-

tions ou améliorations, a pour en garantir le paiement le droit de rétention.

Sans doute, le droit de rétention est une sûreté exceptionnelle, et nous n'admettons pas qu'il y ait de sûreté de ce genre sans loi. Mais il nous semble qu'il y a lieu d'appliquer ici ce que l'article 867 dit au cas de rapport : « Le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble peut en retenir la possession jusqu'au remboursement de ce qui lui est dû pour impenses ou améliorations ». Cette disposition serait certainement applicable au cas où l'héritier donataire est sujet à réduction. Or il y a plus qu'analogie, il y a identité, il y a même argument *a fortiori* pour le donataire étranger. Celui-ci en effet, tant que l'action en réduction n'est pas exercée, ne peut savoir que sa donation sera réduite : il se croit et doit se croire propriétaire incommutable : il doit avoir le droit d'agir comme tel (1).

IV. — Du donataire soumis à la clause de retour conventionnel.

422. — Un immeuble a été donné par Primus à Secundus avec clause de retour. Secundus a construit ; il prédécède à Primus sans laisser de postérité : l'immeuble fait donc retour à Primus. Que décider relativement à la construction ? Ainsi se pose la question.

Il est de principe que, quand la clause de retour se réalise, tous les actes de disposition faits par le donataire se trouvent résolus (2). On conçoit cette résolution pour les actes juridiques : mais les constructions n'en subsistent pas moins. Quel sera leur sort ?

La clause de retour est une véritable condition résolutoi-

(1) BAYLE-MOULLARD sur Grenier, t. IV, p. 267, note. — DEMOLOMBE, t. II, n° 616. — LAURENT, t. XII, n° 213.

(2) Art. 952, Civ.

re. Les raisons invoquées pour écarter le principe que nous avons posé nous paraissent bien faibles : nous croyons qu'ici il y a lieu de l'appliquer dans toute sa rigueur. Le donataire connaissait la véritable condition résolutoire qui affectait son droit : il y avait certainement imprudence à construire dans la situation juridique où il se trouvait.

D'ailleurs la solution à laquelle nous conduit l'application pure et simple du principe se trouve confirmée par une considération pratique qui ne manque pas de poids. En effet, si on ne reconnaissait pas au donateur le droit d'exiger la démolition, son droit de retour conventionnel pourrait se trouver paralysé par le donataire qui, en construisant sur l'immeuble donné, mettrait le donateur dans l'impossibilité d'exercer son droit, faute d'avoir les ressources suffisantes pour payer l'indemnité due à raison des constructions.

Nous reconnaitrons donc au donateur le droit d'exiger la démolition de la construction, si mieux il n'aime la conserver en payant aux héritiers du donataire une indemnité égale à l'impense (1).

V. — *Du donataire dont la donation vient à être révoquée.*

423. — Si nous continuons à parcourir le Code civil en relevant les principaux cas de résolution ou de révocation de la propriété, nous arrivons aux cas de révocation des donations.

Avec le Code, nous distinguerons suivant les causes de révocation :

1° Inexécution des conditions.

2° Ingratitude.

3° Survenance d'enfant au donateur.

(1) Art. 555. Civ.

424. — 1° Inexécution des conditions.

Lorsque la révocation d'une donation est prononcée pour cause d'inexécution des conditions, nous appliquons notre principe dans toute sa rigueur, et nous traitons le donataire comme un possesseur de mauvaise foi.

Nous sommes en effet en présence d'un cas particulier de résolution d'un contrat pour inexécution des conditions. Lorsqu'une donation est faite avec charges, elle devient véritablement un contrat synallagmatique, et l'article 954 n'est en somme qu'une application de l'article 1184. Si le donataire n'exécute pas les charges qui lui sont imposées, la condition résolutoire sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques se réalise. Nous appliquerons donc ici le principe : le donateur, reprenant ses biens, pourra exiger la démolition des constructions nouvelles qu'il y trouve édifiées, si mieux il n'aime les conserver en remboursant au donataire révoqué le prix de la main-d'œuvre et des matériaux.

425. — M. Demolombe rejette cette doctrine (1) ; il applique au cas qui nous occupe l'article 861. A ses yeux en effet cette disposition est « la règle du droit commun sur le règlement de ces sortes d'indemnité dont l'obligation peut naître toutes les fois que, par suite d'une résolution ou d'une rescision quelconque, un propriétaire recouvre, *ex causa antiqua*, un immeuble qu'il avait précédemment aliéné, ou qu'il recouvre par suite d'une revendication contre un tiers possesseur évincé (2) ».

Nous comprenons cette décision de la part de M. Demolombe : pour lui qui considère le droit d'exiger la démolition comme un droit barbare, la disposition de l'article 555 relative aux tiers constructeurs de mauvaise foi a un caractère

(1) DEMOLOMBE, t. II, n° 610.

(2) DEMOLOMBE, t. II, n° 492 et s.

exceptionnel. Nous avons vu au contraire que ce texte pose le véritable principe général de droit commun, et nous considérons au contraire que l'article 861 est spécial à la matière du rapport et de la réduction des donations pour laquelle il a été particulièrement écrit (1).

426. — 2^o Ingratitude.

Nous admettons absolument la même solution au cas de révocation pour ingratitude.

Nous pouvons dire qu'ici encore il y a véritablement inexécution des conditions : il y a même dans une certaine mesure défaut de paiement du prix. La reconnaissance n'est-elle pas le prix de toute donation, le donataire ne doit-il pas une certaine somme de respect à son bienfaiteur ?

427. — 3^o Survenance d'enfant.

Il en est tout autrement lorsque la donation est révoquée pour cause de survenance d'enfant. Ici on ne peut reprocher aucune faute au donataire : la survenance d'un enfant au donateur est pour lui un événement imprévu. On ne peut le traiter comme un possesseur de mauvaise foi : la raison et l'équité s'y opposent. L'intérêt général peut aussi être invoqué : le donataire ne pourrait faire sur l'immeuble donné aucune impense, ne pourrait y élever aucune construction tant que le donataire ne serait pas mort ou n'aurait pas atteint un âge avancé ; il y aurait ainsi nombre de biens frappés dans une certaine mesure d'indisponibilité. Ne peut-on arguer encore, dans le même sens, de ce que l'article 962 accorde les fruits à ce donataire ?

Le donataire, ayant exécuté les conditions imposées ou

(1) *En notre sens*, trib. Gray, 1^{er} mars 1883, Dall., 1883. III. 109. — Cass., 22 juin 1887, Dall., 1887. I. 305. — *Pandectes fr. pér.*, 1886. II. 71, note.

Contra, Trib. de Narbonne, 28 octobre 1890, le *Droit*, 5 novembre 1890.

n'ayant pas manqué à son devoir de reconnaissance, était en droit de se considérer comme propriétaire irrévocable et de se comporter comme tel. Ici nous appliquerons les règles que l'équité commande : le donateur reprenant son immeuble ne pourra contraindre le donataire à démolir ses constructions et devra lui payer une indemnité égale à la plus-value qu'elles ont procuré à l'immeuble.

VI. — *Du grevé de substitution.*

428. — En ce qui concerne le grevé de substitution, nous n'apercevons aucune raison de lui appliquer un traitement de faveur. Il n'a jamais pu penser que les biens grevés lui resteraient en propriété définitive. Nous reconnaissons donc à l'appelé le droit d'exiger la démolition des constructions qu'il trouverait sur le fonds grevé, à moins qu'il ne préfère les conserver, ce qu'il pourrait certainement faire moyennant une indemnité égale au coût des travaux.

VII. — *De l'époux donataire de son conjoint.*

429. — Les donations entre époux faites pendant le mariage sont essentiellement révocables (1). Le droit de propriété de l'époux donataire est donc précaire, constamment menacé par le droit de révocation qui appartient au conjoint donateur. Si dans ces circonstances, le donataire construit, il commet certainement une imprudence. Nous ne voyons aucune bonne raison pour ne pas lui appliquer le principe.

Lors donc que le conjoint donateur, ayant révoqué sa donation, trouve des constructions sur l'immeuble qu'il reprend, il peut, à son choix, ou en exiger la démolition, ou les conserver moyennant une indemnité qui sera égale à ce

(1) Art. 1096, al. 1, Civ.

qu'elles ont coûté. Cette solution nous paraît logique. Elle est confirmée d'ailleurs par cette considération pratique, qui ne manque pas de poids : s'il en était autrement, il serait facile à l'époux donataire de rendre illusoire la faculté de révocation que la loi considère comme essentiellement inhérente aux donations entre époux ; il lui suffirait d'élever sur le fonds donné des bâtiments d'une importance assez grande pour que l'époux donateur ne puisse matériellement — étant donnée sa situation de fortune — reprendre l'immeuble en en payant la plus-value.

VIII. — *De la condition résolutoire tacite dans les contrats synallagmatiques.*

440. — Aux termes de l'article 1184, « la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Si donc un acquéreur ne remplit pas les engagements qu'il a pris vis-à-vis de l'aliénateur, celui-ci peut demander en justice la résolution du contrat.

Que si l'acquéreur a élevé des constructions sur l'immeuble, notre principe s'appliquera sans difficulté. La situation de cet acquéreur ne mérite généralement aucune faveur : c'est par sa faute, c'est parce qu'il n'exécute pas ses obligations, que le contrat n'est pas maintenu. L'aliénateur pourra exiger la démolition des bâtiments et la remise des lieux en l'état, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu (1).

Ce que cette solution peut parfois avoir de rigoureux est tempéré par la faculté reconnue au juge d'accorder à l'acquéreur un délai pour lui permettre de s'exécuter.

(1) Art. 1184, al. 2. Civ.

431. — Nous avons déjà vu deux applications de cette condition résolutoire dans la révocation des donations pour inexécution des charges et pour cause d'ingratitude (1). Nous en verrons encore d'autres applications, notamment aux cas de résolution de la vente pour défaut de paiement du prix (2) et de folle enchère (3).

IX. — *Résolution de la vente sur la demande de l'acheteur évincé.*

432. — J'achète un terrain. Ayant payé mon prix, je me crois propriétaire incommutable de cet immeuble, j'en jouis et j'y élève des constructions. Puis survient le véritable propriétaire qui m'intente une action en revendication, établit son droit sur l'immeuble et m'évince.

Quelle sera la condition de mes constructions ? A quelle indemnité pourrai-je prétendre ? Qui me la paiera ?

433. — Le véritable propriétaire se trouvera en présence, non pas d'un propriétaire sous condition résolutoire, mais d'un possesseur de bonne foi, qui, ayant acquis *a non domino*, a un juste titre dont il ignore les vices. C'est l'hypothèse expressément prévue par la seconde partie de l'article 555. Il ne pourra pas exiger que je démolisse mes constructions : il devra les garder et me payer une indemnité égale à la plus-value qu'en bâtissant j'ai procuré à son immeuble ou, s'il préfère, au prix des matériaux et de la main-d'œuvre.

434. — D'autre part, la garantie qui m'est due me permettra de m'adresser à mon vendeur, soit aussitôt poursuivi par le vrai propriétaire, en l'appelant en garantie, soit après l'é-

(1) V. *supra*, nos 424-426.

(2) V. *infra*, n° 438.

(3) V. *infra*, n° 454.

viction en intentant contre lui une action en restitution du prix avec dommages-intérêts.

1° Si mon vendeur était de bonne foi, s'il croyait réellement l'immeuble sien, je ne pourrai lui réclamer davantage que ce que le véritable propriétaire me doit déjà, — en général du moins, — c'est-à-dire la plus-value. Il me sera alors un garant du paiement de l'indemnité. Toutefois, il peut en être différemment au cas où la plus-value serait supérieure à l'impense ; alors je serai fondé à réclamer à mon vendeur, aux termes de l'article 1633, la différence entre l'impense qui m'a payée le *verus dominus* et la plus-value. « Si la chose vendue, dit en effet cet article, se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente ».

2° Si le vendeur était de mauvaise foi, si c'était sciemment qu'il m'a vendu le fonds d'autrui, je lui réclamerai, non seulement la plus-value, mais la dépense intégrale. C'est ce qui résulte de l'article 1635 : « Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds ».

Donc, dans tous les cas, mon vendeur, s'il est de mauvaise foi, me devra un supplément d'indemnité. Si, comme cela a lieu le plus souvent, la plus-value est inférieure à l'impense, le vrai propriétaire ne me payant que la plus-value, mon vendeur me devra la différence entre la plus-value et l'impense. Si, ainsi que cela a lieu quelquefois, l'impense se trouve inférieure à la plus-value, le propriétaire, choisissant l'autre terme de l'option que lui accorde l'article 555, ne me paiera que l'impense, et je réclamerai à mon vendeur la somme nécessaire pour parfaire la plus-value. Il doit, en ef-

fet, me payer tout ce que l'immeuble vaut au-dessus du prix de la vente (1).

X. — *De la résolution de la vente pour vices rédhibitoires.*

435. — Nous devons dans ce cas donner une solution analogue à celle que nous avons donnée dans l'hypothèse précédente. Nous ne sommes pas en présence d'une véritable condition résolutoire, mais bien plutôt d'une nullité de contrat, d'une révocation.

Il faut encore distinguer suivant que le vendeur connaissait ou ignorait les vices qui ont fait prononcer la nullité de la vente.

436. — Dans le premier cas, l'article 1645 décide : « Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les *dommages et intérêts* envers l'acheteur. »

Comme il y a faute, et même fraude, de la part de ce vendeur, les dommages-intérêts comprendront le *lucrum cessans* comme le *damnum emergens* : l'acheteur sera donc fondé à réclamer, non seulement la plus-value, mais même l'intégralité de l'impense.

Remarquons que c'est à l'acheteur à démontrer l'existence des vices de la chose et la mauvaise foi du vendeur : preuve souvent difficile à fournir.

437. — Dans le second cas, c'est-à-dire si le vendeur était de bonne foi, l'article 1646 donne lieu à quelque difficulté : « Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les *frais occasionnés par la vente* ».

A la simple lecture de ce texte, il semblerait que toute in-

(1) Art. 1633, Civ.

demnité fût refusée à l'acheteur pour les constructions qu'il a élevées sur l'immeuble. Il n'en est rien.

Il est inadmissible, en effet, que l'article 1646 vienne ainsi méconnaître les règles les plus générales et les mieux établies relativement aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations contractuelles. Tout débiteur qui n'exécute pas l'obligation qu'il a souscrite, sauf en cas de force majeure, doit une indemnité à son créancier. L'influence de la bonne ou de la mauvaise foi ne peut se faire sentir que relativement au montant de l'indemnité.

Il faut donc rechercher ce que le législateur entend par les « frais occasionnés par la vente ». S'il n'avait entendu par là que les frais et loyaux coûts du contrat, c'est cette dernière expression qu'il aurait employée, ainsi qu'il le fait en bien d'autres cas. S'il a employé cette formule plus vague, plus générale, de « frais occasionnés par la vente », c'est intentionnellement : il veut que, bien que le vendeur de bonne foi soit tenu moins rigoureusement que le vendeur de mauvaise foi, il rembourse cependant à l'acheteur tous les frais et faux frais que la vente lui a occasionnés, qu'il le rende indemne de toutes les conséquences de la vente et de la rescision (1).

Nous admettons donc parfaitement la doctrine d'un arrêt de la Cour de cassation qui a décidé que le vendeur de bonne foi doit rembourser à l'acheteur la plus-value que celui-ci a procuré au fonds par les constructions qu'il y a élevées (2).

C'est d'ailleurs la solution que commanderait l'équité, si

(1) V. GUILLOUARD, *Contrat de vente*, t. I^{er}, n° 464.

(2) Cass., 29 mars 1852, Sir., 1852. I. 321.

Cprz : Cass., 4 janvier 1859, Sir., 1859. I. 936 ; Amiens, 16 janvier 1862, Sir., 1862, II. 156 ; Rouen, 22 mai 1886, Sir., 1888. II. 166.

l'on se plaçait en dehors de tout texte. L'acheteur ne connaissait pas les vices de la chose : il se croyait propriétaire incommutable de l'immeuble : en construisant il ne commettait ni faute ni imprudence. Il serait donc impossible de le contraindre à raser l'édifice avant d'exercer l'action redhibitoire, ou à laisser un bâtiment à son vendeur sans en recevoir la moindre indemnité. L'indemnité que l'équité commande en pareille occurrence, c'est la plus-value. Nous arrivons exactement à la solution que donne l'article 1646 sainement interprété.

XI. — *De la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix ou inexécution des conditions.*

438. — L'article 1654 est un cas d'application très simple de la condition résolutoire tacite de l'article 1184.

L'acheteur pouvait facilement éviter la résolution en exécutant les conditions qui lui étaient imposées, en payant le prix convenu. Il savait bien que, s'il refusait de payer le prix ou de supporter les charges, le vendeur rentrerait en possession de l'immeuble. Il fait donc preuve de la mauvaise foi la plus caractérisée : il ne mérite aucune faveur.

Le principe général s'appliquera donc à ce cas particulier sans difficulté. Le vendeur rentrant en possession de son immeuble pourra faire raser les constructions qu'y avait élevées l'acheteur, si mieux il n'aime les conserver moyennant une indemnité égale à l'impense (1).

XII. — *Pactum displicentiæ.*

439. — Le *pactum displicentiæ*, qui permet au vendeur de rompre le contrat à son gré pendant un certain délai, cons-

(1) Lyon, 26 janvier 1835, rapporté au Rep. met. de Dalloz, V^o Propriété, n^o 447.

titue une véritable condition résolutoire. L'acheteur, dont le droit de propriété est constamment menacé par l'existence d'une semblable clause, commet certainement une faute grave en construisant.

Le principe posé s'applique sans difficulté. Le vendeur qui, usant de la faculté que lui accorde le pacte, reprend son immeuble et y trouve des constructions, pourra en exiger la démolition, s'il ne préfère les garder en indemnisant le constructeur.

XIII. — *De l'acheteur à réméré.*

440. — Nous arrivons à la clause particulièrement intéressante et très fréquente du réméré ou pacte de rachat.

Nous sommes ici en présence d'un texte que certains auteurs voudraient appliquer aux constructions, l'article 1673, lequel est ainsi conçu : « Le vendeur qui use du pacte de rachat, doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations. »

L'application des règles posées dans cet article est facile, elle ne présente absolument aucune difficulté lorsqu'on est dans le cas explicitement visé, lorsqu'il s'agit seulement de dépenses peu considérables, de réparations. Il est tout naturel que le vendeur qui exerce le réméré rembourse intégralement à l'acheteur les dépenses nécessaires qu'il eût été forcé de faire lui-même s'il n'avait pas vendu l'immeuble. Il est bien légitime aussi qu'en ce qui concerne les réparations simplement utiles, il indemnise celui qui les a faites jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont donnée au fonds et dont il profite, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer selon

que la plus-value est inférieure ou supérieure à l'impense.

Où la question devient délicate, c'est lorsqu'il ne s'agit plus de simples réparations nécessaires ou utiles, dont le coût n'est jamais très élevé, mais bien de constructions nouvelles, donnant au fonds une plus-value considérable, susceptible, si l'on contraint le vendeur à payer une somme équivalente, de lui rendre difficile, ou même impossible, l'exercice de la faculté de rachat.

441. — Cette situation avait reçu de quelques-unes de nos anciennes coutumes une judicieuse solution : si le réméré n'a été accordé que pour un an, l'acheteur ne peut se faire rembourser que les dépenses nécessaires ; si le réméré est accordé pour plusieurs années, l'acheteur, lors de l'exercice du réméré, peut obtenir au sujet des améliorations, constructions et réparations utiles qu'il a faites, une indemnité égale à la plus-value qui en résulte.

Pothier, trouvant cette solution excellente, l'étendait à toutes les coutumes qui n'avaient pas autrement statué sur ce point. Il la justifiait en ces termes : « Un acheteur ne souffre pas un grand préjudice d'être empêché d'améliorer l'héritage pendant le court espace d'un an ; mais il souffrirait un trop grand préjudice, et ce serait même une chose contraire à l'intérêt public, s'il en était empêché pendant un long temps (1) ». Toutefois il ajoutait que si, en principe, lorsque le réméré était exercé après plus d'une année, le vendeur devait rembourser le montant de la plus-value, il fallait faire exception en ce qui concerne les dépenses « trop considérables » ; l'acheteur n'avait plus droit à aucune indemnité et ne pouvait qu'enlever ce qu'il avait placé sur le fonds, si cela pouvait se faire sans dégradation.

(1) POTHIER, *Traité de la Vente*, n° 424.

442. — La distinction de nos coutumes, bien qu'ayant reçu l'approbation de Pothier, ne peut plus trouver place que dans notre droit. Et cependant il est impossible de laisser l'acheteur élever sur un sol de peu de valeur des constructions considérables, et de forcer le vendeur qui veut rentrer en possession de son immeuble à lui en payer la plus-value. Ce serait permettre à l'acheteur d'empêcher l'exercice du réméré. Le vendeur qui se résout à aliéner un fonds avec clause de réméré est généralement poussé par le besoin : pour exercer son réméré, il a bien du mal à amasser la somme nécessaire, égale au prix de vente : que serait-ce s'il lui fallait encore se procurer une somme égale à la plus-value produite par les constructions qu'il a plu à l'acheteur d'élever ?

C'est cette considération qui a conduit certains auteurs à décider que dans l'application de cet article 1673, il fallait s'inspirer des tempéraments apportés par la célèbre loi 38, *de rei vindicatione*. Il y aurait lieu de tenir compte, dans la détermination de l'indemnité, de la fortune du vendeur et du dessein qu'il a de garder ou de revendre l'immeuble qu'il va reprendre par l'exercice du réméré (1).

Cette solution nous semble en désaccord avec l'esprit de notre droit moderne. Le juge — nous avons déjà eu maintes fois l'occasion de le remarquer au cours de cette étude — n'a pas aujourd'hui les mêmes pouvoirs que le préteur romain ou même que le juge de l'ancien droit. Le juge doit avant tout appliquer la loi, et ce n'est qu'à son défaut qu'il se réfère aux règles de l'équité. Le Code cherche bien à viser chaque cas, à ne rien laisser à l'arbitraire. Et bien que la loi 38 *de rei vindicatione* soit excellente au point de vue de l'équité, nous

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 357, note 12, p. 409. — DELVINCOURT, t. III, p. 161. — MASSÉ et VERGÉ, sur Zachariæ, t. IV, § 688, p. 315, note 16.

Agen, 28 mars 1860, Sir., 1860. II. 167.

n'admettrons pas le juge français à l'appliquer alors qu'il y a un texte.

Ce texte, ce n'est pas à nos yeux, l'article 1673, dont on a le tort, pensons-nous, de ne pas lire attentivement la teneur. Il ne porte pas en effet que le vendeur exerçant le réméré doit rembourser « les *dépenses* nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. » Il porte tout autre chose : « Le vendeur... doit rembourser..... les *réparations* nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. » Or, si on peut dire que les réparations rentrent parmi les dépenses, il est impossible de qualifier toute dépense de réparation : ce serait confondre le genre et l'espèce. Le vendeur ne doit donc, aux termes mêmes de l'article 1673, que les dépenses faites pour réparations, dépenses généralement de peu d'importance comparativement au prix de l'immeuble. Mais s'il s'agit de constructions, nous ne sommes plus du tout dans le texte de l'article 1673, et il nous faut chercher ailleurs.

443. — La solution nous semble ressortir, parfaitement claire et parfaitement équitable, de l'analyse même de la situation qui nous occupe. Le propriétaire dont le titre contient la clause de faculté de rachat, faculté qui ne peut être stipulée pour un délai excédant cinq années (1), sait fort bien que son droit est sujet à une condition résolutoire. Rien ne vient s'opposer à l'application du principe que nous avons posé : tous les arguments par lesquels nous l'avons justifié s'appliquent ici avec toute leur force (2).

Si l'acheteur a construit, il a violé les règles de la prudence la plus élémentaire, son sort ne saurait nous émouvoir. Rien

(1) Art. 1660, Civ.

(2) V. *supra*, n^{os} 402 et s.

ne lui permet de soutenir qu'il est de bonne foi ou que sa situation mérite un traitement particulièrement favorable.

Nous déciderons donc que l'acheteur à réméré qui construit sera traité en tiers de mauvaise foi, nous lui appliquerons l'article 555, première partie. Le vendeur, exerçant la faculté de rachat pourra, à son choix, exiger la démolition des bâtiments, ou les conserver en indemnisant l'acheteur. Mais si l'article 555 accorde en principe au constructeur l'impense entière, jamais le vendeur ne consentira à payer une somme si élevée, et l'acheteur constructeur sera amené à composition par la menace de démolition (1).

144. — M. Laurent commet la confusion que nous signalions entre les dépenses et les réparations. Comme le bon sens et l'équité commandent la solution que nous adoptons, l'éminent auteur l'admet. Il y voit une dérogation à l'article 1673, dérogation qu'il justifie par une intéressante et très pratique considération : il montre notre solution comme pouvant seule empêcher une manœuvre dolosive de la part de l'acheteur, manœuvre qui consisterait tout simplement à élever des constructions qui rendraient impossible au vendeur l'exercice de la faculté de rachat (2).

Cette considération ne manque pas de poids ; elle vient confirmer encore notre solution. Mais il n'est pas besoin de déroger pour cela à l'article 1673 qui ne vise en aucune façon le cas de constructions.

445. — Au cas où le vendeur à réméré, usant de son droit de rachat, conserve les constructions que l'acheteur a élevées, celui-ci ne jouit pas, relativement à l'indemnité due pour ces constructions, du droit de rétention que l'article 1673 lui accorde pour le prix, les frais et loyaux coûts du contrat,

(1) GUILLOUARD, *Traité de la vente*, t. II, n° 668.

(2) LAURENT, t. XXIV, n° 404.

les réparations nécessaires et utiles. Il faut, en effet, interpréter restrictivement toutes les dispositions accordant à un créancier une cause de préférence sur ses cocréanciers.

XIV. — *Du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué ou grevé de privilège.*

446. — Il importe d'abord de bien préciser la situation que nous avons en vue.

Un tiers a acquis un immeuble affecté par hypothèque ou privilège au paiement d'une dette. Ce tiers construit. Puis il se trouve évincé, soit par suite d'expropriation ou de purge, suivie de surenchère et d'adjudication au profit d'un tiers, soit parce qu'il a été obligé de délaisser l'immeuble.

Comment se règlera la question des constructions qu'il a élevées ?

Nous sommes dans une situation toute particulière. Les règles que nous avons admises d'une façon générale ne peuvent plus ici s'appliquer. C'est aux règles de la matière toute spéciale des privilèges et hypothèques qu'il faut nous référer.

447. — Le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué avait certainement le droit de construire : il était réellement propriétaire. Il vient à être dépouillé de sa propriété : quelles vont en être les conséquences ? Sera-t-il contraint de démolir les constructions ?

Non. Personne ne peut l'y contraindre, personne n'a intérêt à le faire. Le débiteur qui a hypothéqué l'immeuble a perdu tout droit sur le fonds en l'aliénant, il ne peut rien contre son acquéreur. Les créanciers hypothécaires n'ont pas davantage ce pouvoir : leur droit consiste uniquement dans la faculté de faire vendre l'immeuble et de s'en répartir le prix, ils ne peuvent agir contre un tiers que s'il porte atteinte à leur sûreté : or le tiers détenteur qui construit, loin de di-

minuer leur gage, l'augmente. C'est une conséquence du phénomène de l'accession qui fait que le bâtiment s'incorpore au sol et que tous les droits qui frappent le sol atteignent le bâtiment.

448. — Personne ne peut exiger la démolition des constructions : elles subsisteront.

La question se résoudra par une indemnité accordée au tiers détenteur par l'article 2175 *in fine* : « Le tiers détenteur ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration ». Il nous semble évident que les constructions nouvelles sont comprises sous la dénomination générale d'impenses.

Le tiers détenteur a droit, cela nous paraît résulter clairement de la lecture du texte, à une indemnité égale à la plus-value que ses travaux ont procurée à l'immeuble (1).

449. — Cependant certains auteurs arguent de l'emploi simultané des mots « impenses et améliorations » pour dire que le législateur a entendu laisser aux créanciers une option entre le paiement de la plus-value et le remboursement intégral de l'impense. La loi fixerait seulement un maximum : le tiers détenteur ne pourrait jamais recevoir plus que la plus-value ; mais il pourrait ne recevoir que l'impense dans le cas où celle-ci est inférieure à la plus-value. On invoque à l'appui de cette théorie un passage de Loyseau (2) et l'analogie tirée de l'article 555 pour le possesseur de bonne foi (3).

(1) Cass., 14 avril 1852, Dall., 1852. I. 165. — Cass., 24 novembre 1868, Dall., 1871. V. 214. — Cass., 14 novembre 1881, Dall., 1882. I. 168.

(2) *Traité Du déguerpissement*, liv. VI, ch. VIII, n° 15.

(3) BATTUR, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, p. 490. — MOURLON, t. III, p. 521. — PERSIL, *du Régime hypothécaire*, art. 2175, n° 4. — TROPLONG, t. III, n° 838 *bis*.

Grenoble, 31 décembre 1841, rapporté au *Rép. met.*, de Dalloz, V° *Privilège*, n° 1691.

Nous ne lisons rien de semblable dans le texte parfaitement clair de l'article 2175. Cet article ne fait aucune distinction entre le cas où la dépense excède la plus-value et celui où inversement la plus-value est supérieure à la dépense. Il dit d'une façon absolue générale que le tiers détenteur a contre les créanciers hypothécaires une action en répétition jusqu'à concurrence de la plus-value résultant des impenses et améliorations. L'opinion de MM. Battur et Trolong a le grand tort d'ajouter à la loi ou de la modifier ; l'analogie qu'elle invoque avec la décision donnée par l'article 555 à l'égard du possesseur de bonne foi est assez éloignée. Nous sommes dans une matière toute spéciale ; nous avons un texte ; appliquons-le tel qu'il est (1).

450. — On a contesté aussi que l'article 2175 s'appliquât à toutes les impenses. On a soutenu qu'il fallait distinguer les impenses nécessaires et les impenses utiles. L'article 2175 ne s'appliqueront qu'à celles-ci, et en ce qui concerne les premières, le tiers détenteur pourrait en demander le remboursement intégral. En faisant les impenses nécessaires, dit-on, le tiers détenteur s'est fait le *negotiorum gestor* des créanciers hypothécaires (2).

Il nous semble que pour écarter cette distinction, il suffit de remarquer qu'elle ne se fonde sur rien, que l'argument qu'elle invoque est faux. Le tiers détenteur, en faisant sur l'immeuble hypothéqué les impenses nécessaires gère, non pas l'affaire des créanciers, mais sa propre affaire : il était propriétaire de l'immeuble, quand les créanciers ont saisi et l'ont forcé à délaisser.

(1) DALLOZ, *Rép. met.* V^o *Privilège* n^o 1691. — Toulouse, 7 mars 1848, Dall., 1848. II. 69.

(2) DALLOZ, *Rép. met.*, V^o *Privilège*, n^o 1958. — DELVINCOURT, t. III, p. 180, note 11. — DURANTON, t. XV, p. 271.

Cass., 11 novembre 1824, Sir., 1825. I. 140.

Enfin l'article 2175 est clair : il ne fait aucune distinction. Nous ne comprenons pas pourquoi on modifierait ce texte (1).

451. — A quelle époque faut-il se placer pour apprécier la plus-value due au tiers détenteur ?

Nous croyons qu'il faut, à raison même des motifs d'équité sur lesquels se fonde cette indemnité, se placer au moment où cette plus-value se manifeste, c'est-à-dire au moment de l'adjudication.

Cependant M. Colmet de Santerre combat cette opinion ; il pense qu'il faut se placer au moment de la saisie, afin que les lenteurs de la procédure ne puissent pas nuire au tiers détenteur (2).

Je crois cette considération pratique insuffisante, en présence de la considération de raison que nous avons invoquée : le but même de la disposition. L'opinion de M. Colmet de Santerre reste isolée : nous avons avec nous MM. Aubry et Rau, et la jurisprudence (3).

452. — Pour obtenir le paiement de cette indemnité, le tiers détenteur n'a pas le droit de retenir l'immeuble, quoique certains auteurs aient cru devoir donner la solution contraire (4). Nous avons vu déjà qu'il est contraire aux principes de notre droit d'accorder à un créancier un droit de préférence sur ses cocréanciers. Nous refusons donc le droit de

(1) AUBRY et RAU, t. III, § 287, texte et note 56, p. 450 et 451. — BATTUR *des Priv. et Hypoth.*, t. III, p. 490. — GRENIER, *des Priv. et Hypoth.*, t. II, p. 411. — MARTOU, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, n° 1320. — PONT, *des Priv. et Hypoth.* n° 206. — TROPLONG, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, n° 838 bis. — ZACHARIE, § 287, texte et note 52.

(2) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *C. an.*, t. IX, n° 156 bis, IV.

(3) AUBRY et RAU, t. III, § 287, p. 451.

Cass., 28 novembre 1838, rapporté au *Rép.*, met. de Dalloz, v° *Privi-lège*, n° 459-1°.

(4) BATTUR, *des Priv. et Hypoth.*, t. I, n° 58 et s. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *C. an.*, t. IX, n° 156 bis, III. — MERLIN, *Quest. de jurispr.*, V° *Privi-lège de créance*, sect. IV, § V, n° 2.

réten tion au tiers détenteur tout simplement parce qu'aucun texte ne le lui accorde (1).

453. — Le tiers détenteur n'a pas davantage un privilège, ainsi que le soutiennent un certain nombre d'auteurs. Grenier notamment argumente par analogie du privilège que l'article 2103-4^o accorde à l'entrepreneur et à l'architecte. Les autres se contentent de prétendre que l'article 2175 donne au tiers détenteur sur le prix d'adjudication un véritable privilège (2).

On ne peut étendre par analogie un texte qui accorde une sûreté exceptionnelle, comme l'article 2103-4^o. On ne peut non plus rien inférer des termes de l'article 2175.

Si le tiers détenteur, en ce qui concerne sa créance d'indemnité pour améliorations, n'a pas ni à souffrir du droit de préférence des créanciers hypothécaires, ni à subir le concours des autres créanciers, cela tient à ce qu'aucun créancier ne peut rien prétendre sur la plus-value que l'immeuble a reçue : ce serait s'enrichir aux dépens du tiers détenteur. La partie du prix d'adjudication correspondant à cette plus-value doit appartenir au tiers détenteur, et lui appartient en effet, non pas à titre privilégié, mais à titre de prélèvement ou de distraction. Le tiers détenteur obtient le paiement de son indemnité, soit en réclamant l'insertion au cahier des charges d'une clause portant que l'adjudicataire sera tenu, en sus de son prix, de lui bonifier le montant de la plus-value de l'immeuble hypothéqué, soit en demandant dans

(1) COULON, *Quest. de droit*, t. I^{er}, p. 159. — DALLOZ, *Rep. met.* V^o *Privi lège*, n^o 1947. — DURANTON, t. XX, n^o 272. — GRENIER, *des Hypoth.*, t. II, p. 336. — PERSIL, *du Régime hypoth.*, article 2174 et 2175, n^o 6. — TROPLONG, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, n^o 836.

Turin, 30 mai 1810, Sir. C. N. 3^e vol., II, 282. — Bastia, 2 février 1846, Sir., 1848, II, 10.

(2) GRENIER, *des Hypoth.*, t. II, p. 336. — PERSIL, *du Régime hypoth.*, article 2375, n^o 7. — TROPLONG, *des Priv. et Hypoth.*, t. III, n. 836.

l'instance d'ordre, la distraction à son profit de la partie du prix d'adjudication correspondant à cette plus-value (1).

XV. — *Du fol enchérisseur.*

454. — Le dernier cas de condition résolutoire que nous rencontrions est celui du fol enchérisseur. Nous y voyons un cas d'application très simple de la condition résolutoire tacite de l'article 1184 : ce n'est même, à proprement parler, qu'une hypothèse particulière de résolution pour défaut de paiement du prix. La solution donnée plus haut est parfaitement exacte.

Nous ne signalons ce cas particulier que parce que nous trouvons un arrêt fort bien motivé qui confirme absolument notre manière de voir :

« Attendu, dit-il, que la résolution de l'adjudication n'a eu lieu que parce qu'ils ont manqué à l'obligation par eux contractée d'en payer le prix ; qu'ils ne peuvent se plaindre des conséquences qui sont le résultat de leur propre fait..... etc... » (2).

(1) AUBRY et RAU, t. III, § 287, p. 451.

(2) Bordeaux, 17 janvier 1843, t. II, Sir., 1843. II. 232.

V. aussi AUBRY et RAU, § 204, note 18, p. 262.

En ce qui concerne particulièrement le refus du droit de rétention, Cass., 25 mai 1852, Sir., 1852. I. 517.

CHAPITRE VI

DU DROIT DE SUPERFICIE.

455. — On peut dire que la superficie comprend toutes les choses qui s'élèvent sur le sol et y adhèrent : constructions, ouvrages de toutes sortes, arbres et plantes, forêts. Le *droit de superficie* serait donc un droit accordant, temporairement ou à perpétuité, à un autre que le propriétaire du sol, le droit de jouir et de disposer de la superficie.

C'est une question difficile, ou du moins réputée telle, que celle que nous allons traiter dans ce chapitre. L'absence de texte, ou à peu près, au Code, le petit nombre des décisions de la jurisprudence, les divergences des auteurs rendent cette matière embrouillée. C'est cependant un intéressant chapitre de doctrine, c'est l'un de ceux où l'auteur doit bâtir une théorie en s'appuyant sur quelques textes où l'on ne trouve que des allusions à la question, et sur les principes généraux du droit et de l'équité. Ajoutons qu'à examiner les choses de près, c'est une matière beaucoup plus pratique qu'on ne le pense généralement.

456. — Nous rappellerons en quelques mots l'histoire du droit de superficie : nous exposerons rapidement la discussion, longtemps débattue, mais aujourd'hui close, sur son existence dans notre Code civil ; nous étudierons sa nature, les droits qu'il confère au superficiaire, comment il s'acquiert et comment il se perd. Nous ajouterons quelques brèves ex-

plications relatives au bail à domaine congéable, qu'on peut considérer comme une sorte de contrat de superficie.

SECTION I. — Historique.

457. — Le droit civil romain n'admettait pas que la propriété d'un immeuble pût se diviser en deux propriétés distinctes portant l'une sur le sol, l'autre sur les bâtiments. La règle de Gaius, *ædium proprietas, et civili et naturali jure, ejus est cujus et solum*, était absolue (1); et la volonté des parties, fût-elle formellement exprimée, ne pouvait y déroger.

Ce fut le préteur qui reconnut l'existence du droit de superficie : il donna au superficiaire un interdit et lui accorda l'*actio in rem utilis* contre les tiers et même contre le propriétaire du sol (2). A ce moment le droit de superficie venait de prendre naissance, c'était un véritable droit réel, pouvant se transmettre, susceptible d'être aliéné en tout ou en partie, d'être grevé d'usufruit ou de servitude.

Toutefois sa nature ne ressort pas très nettement des textes. Il semble bien que c'était une servitude plutôt qu'un droit de propriété. Plusieurs jurisconsultes, en effet, le classent parmi les servitudes, et nous voyons Gaius le mettre sur la même ligne que l'usufruit (3-4).

458. — Notre ancien droit français admettait aussi ce démembrement particulier de la propriété : la superficie y était même assez fréquente.

(1) L. 2, Dig., *de superf.*, XLIII, 18.

(2) L. 1, § 2 et 3, *eod. tit.*

(3) L. 19, Dig., *de damno infecto*, XXXIX, 2.

(4) Pour plus de détails, V. *supra*, Première partie, *Droit romain*, nos 66 et s.

Le vieux Loyseau nous montre un cas d'application du droit de superficie en supposant « le bail d'une place pour bâtir, à cette condition que le preneur jouirait de la maison par lui bâtie tant qu'elle durerait, et étant ruinée et démolie retournerait franchement à son maître qui cependant en restait toujours seigneur direct, à raison de quoi, pendant le bail, on lui payait une certaine redevance appelée *solarium*, *quod pro solo penderetur* » (1).

Mais ce n'est là qu'un cas particulier du droit beaucoup plus général de superficie. La redevance annuelle n'était guère stipulée que lorsque le droit était temporaire. Lorsque la superficie était concédée à très long temps ou à perpétuité, le contrat s'écartait davantage du louage pour se rapprocher de la vente, et le prix en était une somme payable à l'entrée en jouissance. On peut même dire que le contrat par lequel un propriétaire concédait la superficie perpétuelle constituait une véritable aliénation. On nomme alors *domanier* celui qui a acquis la superficie, c'est-à-dire le superficiaire du droit romain, et *tréfoncier* le propriétaire du sol.

Ainsi que le fait remarquer très justement M. Demolombe (2), ce qui semble bien indiquer qu'autrefois l'aliénation de la superficie était assez fréquente, c'est l'habitude, dans les ventes d'immeubles, d'insérer cette clause, que le vendeur déclare aliéner le fonds et le tréfonds, c'est-à-dire la superficie et le sol et non pas seulement l'une de ces parties de l'immeuble.

(1) LOYSEAU, *du Déguerpissement*, liv. I, ch. IV, n° 81.

(2) DEMOLOMBE, t. IX, n° 483 *bis*.

SECTION II. — De l'existence du droit de superficie
dans notre droit actuel

459. — Les divers droits réels qui peuvent démembrement la propriété ont été limitativement énumérés par le législateur dans plusieurs articles du Code civil (1) : or aucun de ces textes ne mentionne le droit de superficie.

D'autre part, l'esprit du Code semble bien avoir été de simplifier les démembrements dont la propriété est susceptible, de supprimer bon nombre de ces droits de toutes sortes, de ces innombrables servitudes qui nuisaient grandement, dans l'ancien droit, à la facilité de transmission.

Il semblerait donc qu'il faut conclure, tant du silence du Code que de son esprit, que le droit de superficie n'est pas reconnu par notre législation.

460. — Telle n'est pas cependant, et avec raison, je crois, l'opinion qui a triomphé. On s'accorde à reconnaître que le droit de superficie existe sous l'empire du Code civil.

La doctrine est à peu près unanime, la jurisprudence l'est absolument (2).

(1) Art. 526, 543, 2118.

(2) AUBRY et RAU, t. II, § 223, p. 438. — CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *des Dr. d'Enreg.*, t. IV, n° 3469. — DEMOLOMBE, t. IX, nos 483 et s. — DURANTON, t. V, n° 347. — LAURENT, t. VIII, n° 410. — MARCADÉ, t. II, sur l'article 664. — MASSÉ et VERGÉ, sur Zachariæ, t. II, § 279, note 2, p. 70. — PARDESSUS, *des Servitudes*, t. 1^{er}, n° 425 bis. — PROUDHON et CURASSON, *Traité des droits d'usage*, t. 1^{er}, nos 367 et s. — SIREY, note, 1865. II. 197. — TROPLONG, *du Louage*, t. 1^{er}, n° 30. — LABBÉ, note sous Cass., 27 avril 1891, Sir., 1891. I. 369.

Cass., 7 avril 1862, Sir., 1862. I. 450 et Dall., 1862. I. 281. — Besançon, 12 décembre 1864, Sir., 1865. II. 197. — Cass., 5 novembre 1866, Sir., 1866. I. 144. — Cass., 16 décembre 1873, Sir., 1874. I. 457. — Cass., 27 avril 1891, Sir., 1891. I. 369.

Les arguments tirés des articles 519, 553 et 664 du Code civil nous semblent en effet convainquants. Et il est impossible de les expliquer autrement que par l'existence du droit de superficie.

461. — L'article 553, en effet, dispose qu'en principe le propriétaire du sol est aussi propriétaire des plantations et des bâtiments qui s'élèvent sur ce sol. Telle est du moins la présomption. Mais il peut en être autrement : la présomption est tirée *ex eo quod plerumque fit*. On peut la combattre par la preuve contraire. Le contraire peut donc exister, puisqu'il peut être prouvé ! Qu'est-ce donc que le contraire de l'unité de la propriété du sol et des bâtiments, sinon l'existence d'un droit sur les constructions superficielles bien distinct de la propriété du sol ?

Ainsi que le dit parfaitement M. Labbé, « l'unité en un faisceau solidaire des droits sur un immeuble, la concentration sur une tête unique des divers avantages qu'on peut tirer du sol par les accessions qu'il comporte, est la règle, le fait souhaitable, l'état normal de la propriété foncière, mais la séparation de ces avantages entre plusieurs titulaires est permise, et notamment il est licite, il est légal qu'une personne autre que le propriétaire du sol ait un droit réel sur une construction, une plantation, une superficie ».

462. — L'article 664 vient appuyer l'argument tiré de l'article 553 en nous montrant un cas plus compliqué que la situation qui résulte du droit de superficie ordinaire, un cas où il y a, pour ainsi dire, superposition de superficies. Cet article régit le cas, assez rare dans nos provinces de l'Est, mais fréquent, paraît-il, en Bretagne, de division d'une maison par étages. Entre cohéritiers, au lieu de partager l'immeuble en tranches verticales, de façon à ce que chacun ait une partie du sol et des divers étages du bâtiment, on cou-

pe, — juridiquement s'entend, l'immeuble en tranches horizontales, de telle sorte que chaque héritier a pour lot un ou plusieurs étages.

Ce genre de démembrement de la propriété, infiniment plus compliqué que la division en superficie et tréfonds, indique bien que notre législateur n'a pas entendu simplifier aussi radicalement qu'on pourrait le supposer, la théorie des droits réels, et que rien dans les principes de notre droit actuel, ne s'oppose à l'existence du droit de superficie.

463. — L'article 519 enfin vise aussi un cas où il y a droit de superficie. C'est la situation juridique des moulins ou usines établis sur les fleuves et rivières navigables ou flottables. Ces cours d'eau, en effet, font partie du domaine public et, à ce titre, sont inaliénables et imprescriptibles. Cependant les moulins, usines, etc., qui, en vertu d'une autorisation de l'autorité administrative, sont élevés au-dessus de ces cours d'eau sont susceptibles, eux, de propriété privée : ils constituent, aux termes de l'article 519 des immeubles par nature. N'est-ce pas là un cas de superficie ? Le propriétaire de ces établissements n'est-il pas véritablement un superficiaire, et le droit que conserve l'État n'est-il pas la propriété du tréfonds ?

464. — D'ailleurs l'admission dans notre droit moderne du droit de superficie, commandé par l'analyse des trois textes que nous venons d'étudier, ne nous paraît en rien contraire à l'esprit général du Code civil. Les rédacteurs en effet, avaient à choisir, au point de vue des démembrements de la propriété, entre deux systèmes historiques : le système du droit féodal et de notre ancien droit, comprenant un nombre extrêmement considérable de droits réels, et le système du droit romain infiniment plus simple, réduisant les droits réels à un petit nombre bien déterminés et faciles à régle-

menter. Connaissant tous les inconvénients du premier de ces systèmes, c'est au second qu'ils se sont rangés, ils l'ont admis tel qu'il était à l'époque classique et à l'époque de Justinien, c'est-à-dire en y comprenant le droit de superficie (1).

Enfin l'argument tiré du silence du Code par les partisans de l'opinion contraire est sans portée. Le droit de superficie est en effet un droit de propriété. Ce n'est pas, ainsi que nous le verrons tout à l'heure en déterminant sa nature, une servitude comme le pensaient certains auteurs romains. Ce n'est pas non plus un droit réel particulier. C'est un droit de propriété portant sur une partie restreinte de l'immeuble. A ce titre il rentre parfaitement dans les énumérations des droits réels que nous rencontrerons au Code, notamment dans celle de l'article 543. Ce texte nous dit : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ». Eh ! bien, le droit du superficiaire se classe facilement sous la dénomination « droit de propriété », et le bien sur lequel ce droit porte, c'est la superficie, les constructions ou les arbres.

SECTION III. — Nature du droit de superficie.

465. — Nous avons vu que les jurisconsultes romains, et notamment Gaius, faisaient du droit de superficie une servitude.

Dans notre droit actuel, nous ne rencontrons aucun texte. L'article 553 le plus important en la matière, ne s'explique pas sur la nature du droit de superficie. S'il nous permet de

(1) M. LABBÉ, note citée.

tirer un argument parfaitement solide relativement à son existence, il ne nous autorise à rien avancer sur l'étendue et les caractères de ce droit. Est-ce, comme en droit romain, une servitude ? Est-ce un droit de propriété portant sur un objet moins étendu que la propriété complète et normale des immeubles ? Quels sont les rapports du propriétaire du sol et du superficiaire ? Est-ce un droit perpétuel ?

Autant de points que le Code, dans son mutisme, laisse indéterminés et qu'il est du devoir de l'interprète de préciser. Le législateur belge, tenant à confirmer la solution généralement reçue et à préciser la portée et les effets du droit de superficie, a édicté une loi du 10 janvier 1824 qui a mis fin aux principales controverses qui divisent encore la doctrine et la jurisprudence françaises.

466. — Quelle est la durée du droit de superficie ?

Nous répondons tout de suite à cette question parce que l'unanimité des auteurs sur ce point ne laisse aucun doute sur la réponse à faire. Il est permis de penser que, sous ce rapport, les rédacteurs du Code civil ont maintenu l'ancienne doctrine. Le droit de superficie différait autrefois de l'usufruit par sa perpétuité : il est vraisemblable qu'il en est encore ainsi aujourd'hui. La loi belge dont nous parlions a modifié cette solution, en décidant dans son article 4 que le droit de superficie ne peut être établi pour une durée de plus de cinquante années, sauf le droit de le renouveler. Mais c'est là une disposition qui ne peut évidemment s'étendre à la législation française : en l'absence de tout texte, la tradition fait autorité.

Toutefois il importe de remarquer que si le droit de superficie, étant un droit de propriété, est perpétuel de sa nature, ce caractère n'est pas de son essence. Nous rencontrerons de nombreux cas de superficie temporaire, notamment lors-

que la clause de superficie est insérée dans un bail ou dans une concession de biens du domaine public (1).

467. — On a beaucoup discuté sur le caractère particulier du droit de superficie. Est-ce un démembrement de la propriété, une servitude, ou une forme de la propriété ?

Nous trouvons dans le rapport de M. Demangeat à la Cour de cassation sur l'affaire terminée par l'arrêt précité du 27 avril 1891 un examen très intéressant de la question.

A Rome, d'après le droit civil et le droit des gens, il ne peut pas y avoir un propriétaire de l'édifice et un propriétaire du sol distincts l'un de l'autre. « Mais si le propriétaire d'un terrain me permet d'y avoir une maison à moi appartenant, le prêteur me donne une action réelle *utile*, c'est-à-dire accordée à l'imitation de la revendication civile. Voilà donc le superficiaire assimilé par le prêteur à un propriétaire. Il a la propriété prétorienne de la maison. En conséquence, il peut transmettre son droit comme un propriétaire, il peut le démembrement en grevant le maison d'une servitude ou d'un usufruit.

« Dans notre ancienne jurisprudence française, on a souvent distingué le *domaine direct* et le *domaine utile*. Mais aujourd'hui, si nous considérons le droit de propriété en lui-même, dans sa nature juridique, et non au point de vue des différents objets auxquels il peut s'appliquer, il est certain que le Code civil ne reconnaît pas plusieurs espèces de propriété, qu'il n'en reconnaît qu'une, celle qu'il a définie dans l'article 544...

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 223, texte et note 11, p. 440. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 483 *quater*. — LAURENT, t. VIII, n° 409. — PROUDHON, *Traité des dr. d'usufruit*, t. I^{er}, n° 117.

Cass., 18 novembre 1835, Sir., 1835. I. 907. — Cass., 10 avril 1867, Sir., 1867. I. 277.

« Nous sommes fondé à conclure que ce qu'on appelait autrefois droit de superficie est aujourd'hui un véritable droit de propriété (1) ».

A cet argument historique, nous pouvons en ajouter un autre, plus concluant selon nous. Le droit de superficie est un droit de propriété, ou il n'est pas (arg. art. 526, 543, 2118). Or, il existe dans notre législation, nous l'avons démontré. Donc le droit de superficie n'est autre chose qu'un droit de propriété, restreint quant à son objet.

A l'autorité déjà grande de M. Demangeat, vient s'ajouter celle de MM. Aubry et Rau et Demolombe (2).

468. — On discute encore la question de savoir si le droit de superficie constitue un immeuble par nature ou un immeuble par l'objet auquel il s'applique. Sans entrer dans cette controverse plus spéculative que pratique, il nous semble bien que la solution est commandée par l'article 518 : « Les bâtiments sont immeubles par leur nature ». Cet article ne distingue pas, ainsi qu'on a essayé de le faire, selon que les bâtiments ont été élevés par le propriétaire ou par un tiers. Seul le sol est à proprement parler immeuble par nature : c'est en s'incorporant à lui que les matériaux deviennent construction, c'est-à-dire immeuble. Mais peu importe la main qui pose ces matériaux et les cimente. La seule condition pour qu'il y ait immeuble par nature, c'est l'adhérence physique et matérielle au sol.

Le superficiaire a sur ces bâtiments un droit de propriété identique à celui qu'a sur un fonds de terre un propriétaire ordinaire : il n'y a pas plusieurs espèces de droit de propriété ;

(1) V. le rapport de M. le conseiller Demangeat, Sir., 1891. I. 371.

(2) *Loc. supra cit.* — V. aussi Cass., 6 mars 1861. I. 713.

la superficie est donc véritablement un bien immeuble par nature (1).

469. — Nous ne sommes entré dans cette discussion des caractères du droit de superficie que pour poser des prémisses solidement établies dont nous puissions tirer des conséquences certaines.

Les droits du superficiaire sur la construction sont ceux d'un propriétaire, ce sont les droits les plus complets et les plus absolus compris sous la triple attribution de la propriété, *uti, frui, abuti*.

Il a pour garantir son droit toutes les actions accordées par la loi au propriétaire et au possesseur. Est-il dépouillé de sa maison, il pourra intenter contre le possesseur actuel l'action pétitoire que les Romains nommaient revendication : notre droit ne distingue plus de propriété civile et de propriété prétorienne, il n'y en a plus qu'une. Est-il troublé, dépossédé, il aura toutes les actions possessoires, complainte et réintégrande. Prétend-il à une servitude en faveur de son édifice, il aura pour la faire reconnaître l'action confessoire. Un tiers exerce-t-il indûment sur sa maison une servitude, il aura pour faire cesser cette prétention l'action négatoire.

Il peut jouir lui-même de la construction. Mais rien ne l'empêche d'en tirer des revenus en la louant, ou de s'en faire un instrument de crédit en consentant sur elle des hypothèques ou en la donnant en antichrèse à un créancier (2).

(1) DEMANTE, *C. an.*, t. IX, n° 339. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 483 *quater*. Caen, 3 avril 1824 (en note, Sir., 1867. I. 277.) — Cass., 10 avril 1867, Sir., 1867. I. 277.

(2) Douai, 19 juillet 1844, Sir., 1844. I. 682 (motifs). — Cass., 27 juillet 1868, Sir., 1869. I. 38. — Lyon, 14 août 1868, Sir., 1869. II. 115. — Trib. de la Seine, 27 novembre 1869, Sir., 1872. II. 170. — Lyon, 18 février 1871, Sir., 1871. II. 81. — Rouen, 24 août 1871 ; Paris, 18 décembre 1871, et Nîmes, 3 janvier 1872.

Le superficiaire peut aliéner son droit, entre-vifs ou à cause de mort, à titre gratuit comme à titre onéreux. Il peut grever les constructions de servitudes ou constituer sur elles un usufruit.

Les créanciers du superficiaire peuvent les saisir, et les formes à suivre seront celles de la saisie immobilière (1). Le prix de la vente sera distribué par voie d'ordre et non par voie de contribution (2).

Enfin, au point de vue fiscal, toute mutation sera soumise à la transcription, et les droits perçus seront ceux qui frappent les mutations immobilières (3).

Le superficiaire peut faire tous ces actes, même quand son droit n'est que temporaire : seulement ils se trouvent soumis à la même restriction. Il en est ainsi notamment du concessionnaire : il peut avoir un droit de superficie, l'aliéner, l'hypothéquer ; mais l'aliénation ou l'hypothèque constituée sont soumises également à la révocabilité de la concession (4).

SECTION IV. — Comment s'établit le droit de superficie.

470. — Le droit de superficie, comme toute propriété, s'acquiert par titre ou par prescription.

tous trois, Sir., 1872. II. 170. — Paris, 23 février 1872, Dall., 1874. II. 21. — Paris, 15 juillet 1872, rapporté au *Rép. met.* de Dalloz, supplém. V° *Louage*, n° 322. — Cass., 27 mai 1873, Sir., 1873. I. 254. — Trib. de Charleville, 12 avril 1877, *Gaz. des tribunaux*, 23 avril 1877. — Trib. de la Seine, 3 février 1874, *Rev. not.*, 4653.

(1) Cass., 10 avril 1867, rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de la Réunion, 4 mars 1865, tous deux Sir., 1867. I. 277.

(2) Cass., 14 février 1872. Sir., 1872. I. 104.

(3) V. *infra*, Troisième partie, *Droit fiscal*, n°s 512 et s.

(4) Cass., 10 avril 1867, Sir., 1867. I. 277.

§ 1. — Titre.

471. — Le titre constitutif de superficie est une renonciation expresse ou tacite du maître du sol au bénéfice de l'accession.

Le propriétaire donne, par exemple, à un tiers l'autorisation de bâtir sur son terrain en déclarant d'avance ne pas entendre faire valoir ses droits sur les constructions. Une semblable renonciation constitue pour le constructeur un droit de propriété sur les édifices qu'il élève, c'est-à-dire un droit de superficie.

Souvent aussi ce ne sera qu'après l'édification des constructions que le propriétaire traitera avec le constructeur. Le maître du sol aime mieux traiter que d'avoir à payer une indemnité parfois considérable : il déclare alors renoncer au droit qu'il a sur les constructions, il passe avec le constructeur une véritable vente ; il aliène l'édifice à celui qui l'a élevé : le prix consiste en l'indemnité, qu'il est ainsi dispensé de payer et une somme fixe ou une redevance annuelle. Cela permet au propriétaire de tirer profit des bâtiments sans avoir à payer la somme souvent importante à laquelle se monte l'indemnité.

Parfois enfin c'est dans un testament ou dans un partage qu'on trouve la constitution d'un droit de superficie.

472. — Mais ce ne sont là que des cas assez rares dans la pratique. Dans l'hypothèse de beaucoup la plus fréquente, la clause de superficie se rencontre comme accessoire dans un contrat de bail, plus ou moins nettement stipulée.

Ainsi le preneur à bail d'un terrain stipule la faculté d'y élever les constructions qu'il lui plaira : durant toute la durée du bail, est-il dit, les constructions seront la propriété

du preneur ; à l'expiration, il aura le droit de les enlever, ou bien il les laissera au propriétaire moyennant une somme fixée d'avance ou à fixer à dire d'experts, et ce, au gré du preneur. Voilà une clause de superficie absolument explicite.

Parfois, le terrain loué est déjà en partie bâti : la clause n'est alors stipulée que pour les augmentations et agrandissements que pourrait faire le locataire.

473. — Il arrive maintefois que la clause de superficie n'est pas insérée expressément : on la reconnaîtra à certains droits accordés au preneur et caractéristiques de la propriété, on l'induera de certaines clauses contenues au bail. La renonciation du propriétaire au droit d'accession, pour être tacite, n'en est pas moins parfaitement valable, étant donné que notre droit admet en principe la liberté des conventions et la non-solennité des contrats.

Ainsi, nous reconnaitrons qu'une constitution de superficie résulte de deux clauses assez usitées :

1^o) La clause qui permet au locataire d'enlever les constructions qu'il aurait élevées. Le droit d'accession accordé au propriétaire du sol consiste en effet dans le droit de conserver les constructions si elles lui conviennent, autant au moins que dans celui d'en exiger la démolition. S'il autorise le preneur à construire et à démolir comme il lui plait, c'est donc qu'il renonce à son droit. D'autre part, le locataire, pouvant user et abuser de ces constructions, n'a-t-il pas sur elles tous les pouvoirs d'un propriétaire? Nous sommes donc bien en présence d'un superficiaire (1).

2^o) La clause donnant au locataire le droit de construire sur le terrain loué et affectant hypothécairement les bâtiments à élever, au paiement du loyer. En effet, pour que le propriétaire puisse avoir hypothèque sur les bâtiments, il

(1) Paris, 30 mai 1864, Sir., 1864. II. 266.

faut que ces bâtiments ne lui appartiennent pas, car on ne peut s'hypothéquer sa propre chose. En déclarant que les constructions lui seront hypothéquées, le propriétaire du fonds déclare implicitement renoncer à son droit d'accession (1).

Nous avons cité particulièrement ces deux clauses parce qu'elles se rencontrent assez souvent. Mais on peut prétendre qu'il y a constitution de superficie dans beaucoup d'autres. C'est là une question d'interprétation des conventions ; c'est donc essentiellement une question de fait : les juges rechercheront donc quelle a été l'intention des parties, leur décision à intervenir sur ce point sera souveraine et ne pourra être censurée par la Cour de cassation.

474. — Il importe d'ailleurs de faire une remarque qui n'est pas dépourvue d'intérêt au point de vue de la preuve.

Le principe est déposé dans l'article 553 : Qui a le sol a le bâtiment ; telle est la règle, telle est la présomption. C'est donc au constructeur, et notamment au locataire, qui veut établir qu'il n'en est pas ainsi, à fournir toutes les preuves, à démontrer qu'il y a eu renonciation à son droit d'accession de la part du propriétaire. Faute de faire cette preuve, la propriété des constructions restera au propriétaire du sol. Le droit de superficie ne se présume pas.

C'est donc avec raison que la Cour de cassation a décidé que l'on ne pouvait voir, de la part du propriétaire, une renonciation à son droit d'accession et au droit d'option que lui accorde l'article 555, dans le fait que les constructions avaient été élevées par le locataire au vu et au su dudit propriétaire (2).

(1) AUBRY et RAU, t. II, § 223, p. 442.

Cass., 7 avril 1862, Sir. 1862. I. 459.

(2) Cass., 15 janvier 1849, Sir., 1849. I. 95. — Cass., 1^{er} août 1859, Sir., 1860. I. 67.

475. — Les cas de superficie sont beaucoup plus fréquents qu'on ne serait disposé à le croire.

Il n'est pas rare, par exemple, qu'un fermier, prenant à bail un domaine important pour une assez longue durée, stipule à son profit le droit de construire tous les engrangements, écuries, étables qui pourraient lui être utiles pour serrer les récoltes ou élever du bétail, sous cette condition qu'il pourra en toute circonstance les modifier comme bon lui semblera : souvent le bail ajoute qu'à son expiration et au cas de non renouvellement, ces constructions seront reprises par le propriétaire moyennant leur valeur actuelle. Le droit ainsi accordé au fermier est absolu : c'est celui d'un propriétaire ; il y a donc constitution de superficie.

Plus fréquemment encore, surtout aux abords des grandes villes, des gens peu fortunés trouvent économique de louer des terrains vagues de peu de valeur et d'y élever des maisons en bois ou en briques, stipulant dans le bail le droit à son expiration, d'enlever leurs bâtisses : ce sont des superficiaires. Ou bien l'entrepreneur d'un grand et long travail, d'un pont, d'un fort, loue un terrain non loin du lieu où il a à construire et spécifie au bail que c'est en vue d'y élever les hangars et écuries nécessaires pour abriter ses matériaux et ses machines, pour loger ses chevaux, et qu'il se réserve d'enlever tous ces bâtiments à la fin des travaux : voilà un superficiaire. Superficiaires aussi sont les industriels qui concluent des baux à long terme, en stipulant le droit d'élever sur le terrain loué tous les bâtiments nécessaires à leur industrie et en se réservant pour la fin du bail le choix entre leur enlèvement et leur délaissement au propriétaire moyennant une indemnité à fixer à dire d'experts.

Un cas fréquent aussi, c'est la concession par l'Etat ou les établissements publics de terrains qui leur appartiennent,

avec le droit pour le concessionnaire d'y élever des constructions qu'il devra raser, soit à première réquisition, soit à l'expiration du délai fixé. Ce sont, par exemple, ces moulins ou ces usines dont l'Etat concède le droit d'établissement sur les fleuves et rivières navigables ou flottables : ces cours d'eau font partie du domaine public et sont inaliénables, le sol reste donc la propriété de l'Etat, le concessionnaire est un superficiaire. Il en est ainsi encore du droit que l'Etat concède à quantité d'industries, pêcheries, salines, cabines fixes de bains ; ce sont des bâtiments qui appartiennent à des particuliers et dont le sol appartient à l'Etat (1-2).

§ 2. — Prescription.

476. — Si le titre est de beaucoup le mode le plus fréquent de constitution du droit de superficie, la prescription est aussi indiquée par le Code. Mais il faut envisager, pour indi-

(1) Caen, 3 avril 1824, Sir., 1825. II. 173. — Cass., 18 novembre 1833, Sir., 1835. I. 907. — Tribunal de St. Denis (Réunion), 7 février 1865 ; Cour de la Réunion, 4 mars 1865, et Cass., 10 avril 1867, Sir., 1867. I. 277.

(2) Telle est du moins l'opinion qui nous paraît exacte.

On a prétendu toutefois que les établissements bâtis par des concessionnaires sur le domaine public, et notamment les salines, pêcheries, moulins, usines, élevés sur les bords de la mer ou d'une rivière navigable ou flottable, avaient un caractère mobilier. C'est l'opinion que défend M. Laurent (t. V, n° 418). Le caractère précaire de semblables établissements met, selon le savant auteur, obstacle à ce que le concessionnaire en soit reconnu propriétaire immobilier : ce serait aller à l'encontre de ce principe absolu d'après lequel le domaine public est inaliénable (Cprz. Troplong, *Prescription*, t. I^{er}, n° 150, p. 252.).

Nous ne voyons dans notre décision aucune atteinte au principe de l'inaliénabilité du domaine public. La propriété du sol — inaliénable — demeure à l'Etat. Quant aux constructions, ce sont des immeubles : cela résulte des termes, absolument clairs et absolument généraux de l'article 518. Le Code civil en fait une application dans l'article 519, en ce qui concerne les moulins fixés sur piliers.

quer des cas d'acquisition de la superficie par prescription, des situations assez particulières.

Il faut se garder de confondre deux hypothèses absolument différentes : la prescription simultanée du sol et du bâtiment, et celle du seul bâtiment indépendamment du sol. C'est celle-ci qui constitue le seul cas d'acquisition de la superficie par prescription. Dans la première de ces hypothèses, en effet, c'est surtout, c'est principalement le sol qu'on prescrit : le bâtiment se trouve acquis en même temps, accessoirement, comme ne faisant qu'un avec le sol. Les espèces sont nombreuses, il est facile d'en citer. Voici, par exemple, un individu qui acquiert *a non domino* un terrain nu : de bonne foi, il y élève une construction. Puis le temps passe : au bout de dix à vingt ans, grâce à son titre dont il ignore les vices et à sa bonne foi, il se trouvera propriétaire du sol, et aussi du bâtiment puisqu'il est propriétaire du sol. Cette hypothèse n'est pas celle que nous avons à étudier ici.

477. — Il est une prescription des bâtiments indépendante de celle du sol. Et c'est elle que vise, en un texte assez obscur et inexact, plus inexact encore qu'obscur, l'article 553 *in fine*. Ce texte, après avoir posé en présomption la maxime : Qui a le sol a le bâtiment, ajoute : « sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ».

Rectifions les inexactitudes qui se sont glissées dans la rédaction de cette partie de l'article. Il nous parle du « *souterrain sous le bâtiment d'autrui* » : il nous semble que c'est plutôt cette expression plus générale « *souterrain dans le sol d'autrui* » qu'il faut lire. En effet, dans la première partie de l'article, c'est de « constructions, plantations et ouvrages sur

un terrain ou *dans l'intérieur* » qu'on nous parle. L'intention du législateur ne semble donc pas douteuse.

Puis le même texte emploie encore cette expression « *soit de toute autre partie du bâtiment* ». Evidemment notre texte ne veut pas dire que le souterrain dont il s'agit soit une partie du bâtiment.

Le texte serait infiniment plus clair et rendrait mieux la pensée, qui n'est pas douteuse, du législateur, s'il était ainsi rédigé : « sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, *soit d'un souterrain sous le sol d'autrui, soit de tout ou partie d'un ouvrage quelconque élevé sur le terrain d'autrui* ».

La pensée du législateur n'est pas douteuse. La loi reconnaît formellement que la propriété d'un héritage bâti peut être partagé entre plusieurs personnes. Ainsi en poussant l'hypothèse à l'extrême, il se pourrait qu'un souterrain appartint à Primus, le sol à Secundus et le bâtiment à Tertius. Cette hypothèse est rare, c'est certain, cependant elle est possible. Elle peut même se reproduire par l'effet de la prescription.

478. — Il y aura acquisition par prescription d'un droit de superficie toutes les fois que les actes de possession auront porté uniquement sur les bâtiments ou sur les arbres (c'est généralement en matière d'arbres et de plantations qu'on trouve des exemples d'acquisition d'un droit de superficie par prescription), tandis que le sol aura continué à être possédé par le propriétaire. C'est l'application de la règle fondamentale en matière de prescription : *Tantum præscriptum quantum possessum*.

Ou bien le constructeur possédait le sol à titre précaire ; ou bien il a été touché d'un acte interruptif de prescription relativement au sol seulement : il accomplit le délai fixé pour

l'acquisition du bâtiment par prescription. Le bâtiment lui appartiendra alors que le sol sera encore au propriétaire.

M. Troplong confirme très nettement cette opinion en expliquant la portée de la règle : *tantum præscriptum quantum possessum*. « Si la possession, dit-il, n'a embrassé qu'un démembrement de la propriété, comme une servitude, comme un droit d'usage, un droit de superficie, il ne faudra pas l'étendre au delà : elle n'attaquera pas la propriété même ; elle devra être circonscrite dans le cercle du démembrement sur lequel elle sera exercée (1) ».

La jurisprudence contient un nombre assez considérable d'arrêts relatifs à l'acquisition par prescription de la propriété des arbres indépendamment de la propriété du sol(2). Nous n'avons pu trouver de monuments de notre jurisprudence relatifs aux édifices. Mais la solution devrait être la même : *eodem sunt rationes*.

SECTION V. — Comment s'éteint le droit de superficie.

479. — Droit de propriété, le droit de superficie est de sa nature perpétuel. Toutefois si telle est sa nature, telle du moins n'est pas son essence : le droit de superficie peut être concédé *ad tempus* ; c'est même de beaucoup le cas le plus fréquent lorsqu'il y a constitution par titre. — Nous avons vu toutefois qu'en Belgique, aux termes de la loi de 1824, le droit de superficie n'est plus perpétuel : il ne peut être consenti que pour cinquante ans au plus, sauf renouvellement.

(1) TROPLONG, *Prescription*, t. I^{er}, n° 272, 1.

(2) Caen, 13 juillet 1825, Sir., 1825. II. 30. — Cass., 21 octobre 1833, rapporté au *Rep. met.* de Dalloz, v° *Propriété*, n° 483-2^o. — Cass., 18 mai 1858, Sir., 1858. I. 661.

Lorsque le droit de superficie a été concédé pour un certain temps seulement, il prend fin par l'expiration du délai fixé. C'est ce qui arrive notamment à l'expiration du bail, lorsque le droit de superficie est constitué par une clause ou par un pacte accessoire de ce bail.

Perpétuel ou temporaire, il s'éteindra par la perte de la chose sur laquelle il porte. Vienne l'édifice à être détruit par un cyclone ou par un violent incendie, le superficiaire perdra son droit : cela est dans la nature même des choses.

Le droit de superficie s'éteindra encore, ou plus exactement, cessera en fait d'exister par la réunion sur la tête d'un même individu de la propriété du sol et de la propriété des bâtiments.

480. — Une question délicate et controversée est celle de la perte du droit de superficie par le non-usage. Ce droit peut-il disparaître par la prescription extinctive ?

On a fait observer que, des termes mêmes employés par l'article 553, il résulte qu'aux yeux du législateur le droit de superficie est anormal, contraire à une unité plus conforme à l'intérêt général, assimilable à ce point de vue et dans une certaine mesure à une servitude. Si, dit-on, l'utilité justifie l'existence dans notre législation du droit de superficie comme des différentes servitudes, il n'en est pas moins vrai que l'unité est toujours souhaitable. Si donc, pendant un laps de temps assez long, pendant trente ans, puisqu'aucun texte ne fixe spécialement une moindre durée, le superficiaire n'exerce pas son droit, il y aura retour à l'unité : le droit de superficie se trouvera éteint comme le serait un droit de servitude. Ainsi raisonne M. Labbé (1).

Quelle que soit l'autorité du savant professeur, ce sont là,

(1) Note sous Cass., 27 avril 1891, *Sir.*, 1891. I. 369.

selon nous, des considérations qui n'ont aucune force contre les principes les mieux établis de notre droit. Si on fait du droit de superficie une sorte de servitude, il faut en repousser absolument l'existence dans notre droit moderne. Etant donnés l'esprit de notre Code et les énumérations des droits réels qu'il donne à plusieurs reprises, on ne peut admettre le droit de superficie que comme un droit de propriété aussi absolu que la propriété ordinaire, restreint seulement quant à la partie de l'immeuble à laquelle il s'applique. Comme le droit de propriété — il y a plus, droit de propriété lui-même — le droit de superficie n'est pas susceptible de s'éteindre par le non-usage ; il ne peut se perdre que par l'accomplissement d'une prescription acquisitive contraire, c'est-à-dire par son passage sur une autre tête. Le non-usage, quelque prolongé qu'il soit, ne peut l'éteindre.

Ainsi l'a décidé un arrêt de la Cour suprême du 5 novembre 1866 (1), confirmant un arrêt de Besançon du 12 décembre 1864 (2). Ainsi l'enseignent aussi les meilleurs auteurs (3).

SECTION VI. — Du bail à domaine congéable.

481. — Le bail à domaine congéable, ou bail à convenant, est une espèce toute particulière de bail, usitée seulement dans quelques parties de l'ancienne province de Bretagne. On peut le définir : « une convention par laquelle le proprié-

(1) Sir., 1866. I. 441.

(2) Sir., 1866. II. 197.

(3) AUBRY et RAU, t. II, § 223, texte et note 10, p. 440. — CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *des Dr. d'enregistrem.*, t. IV, n° 3469. — DEMOLOMBE, t. IX, n° 483 *quater*. — PROUDHON, *du Domaine de Propriété*, t. II, n° 711. — TROPLONG, *du Louage*, t. I^{er}, n° 30.

taire d'un héritage donne à un tiers la jouissance du sol et la propriété des édifices et superficies, sous la condition qu'il pourra reprendre la jouissance du sol et la propriété des édifices et superficies en congédiant le preneur, et en lui remboursant le prix des édifices et superficies par lui élevés ».

Nous sommes donc ici — le propriétaire foncier gardant la propriété du sol — en présence d'un tiers ayant le droit de construire sur le terrain d'autrui. Ce cas particulier rentre donc bien dans le sujet général de cette étude.

Le droit du preneur ou domanier ressemble fort à celui du superficiaire. Le propriétaire foncier lui reconnaît la propriété des édifices et superficies. Il renonce donc très expressément à son droit d'accession. De même, le propriétaire foncier stipule dans le bail les conditions dans lesquelles il reprendra le sol et les bâtiments y édifiés : le remboursement de la valeur des constructions et travaux déterminée à dire d'experts, parfois même une somme fixée d'avance. A nos yeux, le domanier est un superficiaire.

482. — Nous n'insisterons pas davantage sur ce bail qui, usité seulement dans une région très restreinte, est régi spécialement par le décret du 7 juin 1791, et non par le Code. Nous nous contentons de le signaler. D'ailleurs nous retrouverons dans la partie de cette étude réservée au droit fiscal une curieuse particularité relative à ce bail (2).

(1) V. *infra*, 3^e partie, *Droit fiscal*.

(2) Pour plus de détails, V. AUBRY et RAU, § 223 c, p. 443. — AULANIER, *Traité du domaine congéable* (un vol. in-8°, Paris, 1848). — DEROME, *De l'usement de Rohan ou du domaine congéable* [*Revue critique*, 1862, t. XXI, p. 229, et 1863, t. XXII, p. 209 et 524]. — GUILLOUARD, *Du Contrat de Louage*, t. II, n° 634-670.

APPENDICE

DES CONSTRUCTIONS ÉLEVÉES SUR LE TERRAIN D'AUTRUI PAR EMPIÈTEMENT.

483. — Il y a là un cas particulier assez intéressant, de nature à se présenter dans la pratique, bien que la jurisprudence nous en offre peu d'exemples.

Il importe tout d'abord de préciser l'hypothèse : un propriétaire, construisant sur son propre terrain, a seulement prolongé le bâtiment, un peu plus ou un peu moins, sur un héritage voisin. Que décider relativement à la partie de la construction qui se trouve ainsi élevée sur le terrain d'autrui ? Faut-il ordonner la démolition de la partie de la maison qui dépasse la limite ? Faudra-t-il seulement condamner le constructeur à payer l'estimation du terrain qu'il a occupé ?

La question est toujours délicate et les juges sont souvent embarrassés en présence du conflit qui éclate entre les principes du droit et l'équité.

484. — Remarquons qu'avant tout il faudra poser les limites exactes des deux fonds voisins : il y a donc lieu de procéder tout d'abord à des opérations de bornage. Souvent, entre deux héritages, les limites sont indécises, les bornes manquent ou sont trop éloignées pour qu'on puisse facilement délimiter les deux fonds. Peut-être, en l'absence d'autres renseignements, sera-t-on amené à tenir compte, dans cette délimitation, de la possession de fait. Les titres sont souvent obscurs : Domat enseignait que les arbitres ou ex-

perts doivent les interpréter et les appliquer selon les circonstances de l'état des lieux, de l'obscurité des confins, de la commodité de l'un et de l'autre propriétaire, et aussi *eu égard à la possession et aux changements qui ont pu en résulter*.

Ainsi, le fait même que sur le sol existe une partie de la construction élevée par un individu donne lieu de supposer que cette portion du sol est à lui.

Cette remarque ne manque pas d'importance en pratique. Mais c'est là une question de bornage.

Il faut supposer que le fait de l'empiètement est établi. Il est constaté — étant donnée la délimitation résultant du bornage — que le propriétaire constructeur a prolongé le bâtiment en empiétant sur le fonds voisin.

483. — La question s'était déjà posée dans notre ancien droit, et voici comment on l'avait résolue.

« Au procès qui fut jugé au rapport de M. Romé, le 7 mai 1618, entre Baudri et Langlois, et où il était question d'une clameur de loi apparente, pour *un pied et demi* de terre que l'on prétendait avoir été usurpé en bâtissant une maison : l'entreprise était constante par le procès-verbal de la vue du lieu.

« La difficulté fut si, en prononçant à bonne cause la loi apparente, on ordonnerait la démolition de la muraille, ou si on estimerait le fonds qui avait été usurpé.

« Pour la démolition, on disait que pour avoir usurpé le fonds de son voisin on n'y avait acquis aucun droit et que l'usurpation était certaine, il était tenu de démolir ; qu'aucun ne peut être forcé à vendre ou à céder son héritage ; que son intérêt ne peut être assez estimé, d'autant qu'il lui est important d'avoir un pied et demi de place pour son bâtiment....

« On répondait qu'il ne paraissait point de mauvaise foi de

la part de celui qui avait bâti ; il possédait depuis vingt ans ; et quand, dans la rigueur du droit, il serait tenu d'abattre, dans l'équité qu'on devait plutôt suivre, on ne pouvait le condamner qu'à l'estimation et aux intérêts du demandeur plutôt que de démolir un grand édifice....., et il fut jugé de la sorte (1) ».

486. — La question se pose aujourd'hui encore absolument dans les mêmes termes.

Aucun texte ne nous permet de la résoudre, ou tout au moins, si nous en avons un, ce n'est pas l'article 555, quoiqu'en pense M. Demolombe.

La doctrine comme la jurisprudence sont divisées sur cette question. Toutefois tout le monde s'accorde à reconnaître qu'il est impossible de soutenir que ce serait le constructeur qui deviendrait propriétaire de la parcelle qu'il couvre de son bâtiment : ce serait déclarer qu'on peut s'emparer d'un héritage malgré la volonté formellement exprimée du propriétaire, ce serait admettre une expropriation pour cause d'intérêt privé : ce qui est absolument contraire tant au principe de nos lois qu'au texte de notre Code (art. 545).

Mais ceci posé, les auteurs et les tribunaux cessent de s'accorder et proposent des solutions divergentes. Nous n'exposerons que deux solutions : l'une est celle de M. Demolombe, qui mérite d'être signalée tant à cause de sa singularité qu'en raison de l'autorité de son auteur ; l'autre est celle que nous croyons exacte, elle a pour elle l'opinion de la Cour de cassation et elle est enseignée par MM. Aubry et Rau.

487. — M. Demolombe enseigne qu'il y a lieu d'appliquer ici l'article 555. Dès que le constructeur bâtit sur mon terrain, ne fût-ce que par un empiètement de quelques centimètres,

(1) BASNAGE, sur l'article 60 de la coutume de Normandie, p. 116.

il y a accessions, et je deviens nécessairement propriétaire de la portion du bâtiment, du pan du mur qui dépasse la limite des deux héritages. C'est une conséquence des principes de notre droit déposés dans les articles 551, 552, 553 et 555.

Le phénomène de l'accession accompli, les droits et obligations respectifs du propriétaire et du constructeur se trouveront réglés conformément aux principes que nous avons développés dans le cours de cette étude. Et tout d'abord, il faudra distinguer suivant que le constructeur était de bonne ou de mauvaise foi.

Si le constructeur peut dire qu'il était de bonne foi — et, par les exemples qu'il donne, M. Demolombe se montre extrêmement facile à admettre la bonne foi, — on lui appliquera la disposition finale de l'article 555. Le propriétaire du sol se trouvera investi de la propriété de la portion du bâtiment élevée sur son terrain et ne pourra contraindre le constructeur à la démolir : ainsi l'exige la loi en faveur du possesseur de bonne foi. Et le propriétaire du sol devra payer au constructeur une indemnité égale à la plus-value donnée à son immeuble par le pan du mur qui s'y élève ou au coût des matériaux et de la main-d'œuvre dudit pan de mur.

Telle est, dit M. Demolombe, la solution que commande un principe absolument général dans notre droit. Mais il est bien certain que les choses ne peuvent rester ainsi. Un pan de mur avec une portion de l'édifice se réduisant souvent à quelques centimètres n'offre pas grande utilité à qui n'a que cette minime partie d'une maison. C'est ici que se trouve le conflit, voilà la difficulté. Peut-être le constructeur et le propriétaire du pan de mur s'entendront-ils amiablement, c'est certainement ce qu'ils ont de mieux à faire. Mais enfin, l'un d'eux est intraitable, que décidera-t-on ?

« Comme il n'y a qu'une seule et unique maison, et que

ces deux portions de propriété se trouvent par la nécessité même de leur position, inséparablement liées l'une à l'autre, il appartiendra aux magistrats d'en ordonner la vente simultanée, puisqu'on ne pourrait pas les séparer sans les détruire et sans nuire ainsi aux intérêts respectifs des propriétaires ».

Si le propriétaire constructeur était de mauvaise foi, M. Demolombe lui applique l'article 555 première partie, et admet que le propriétaire du terrain sur lequel il y a empiètement peut exiger la démolition (1-2).

488. — Malgré l'autorité considérable de l'éminent jurisconsulte, qu'il nous soit permis de combattre ce système comme contraire à la vérité juridique et au respect dû au droit de propriété.

Cette application de l'article 555 nous semble absolument inexacte. En édictant cette disposition, le législateur a eu en vue le cas où un possesseur, où un détenteur élève sur le terrain qu'il occupe des constructions, et par constructions il faut entendre des constructions pouvant servir à quelque chose. Et il n'a pas le moins du monde songé au cas tout particulier qui nous occupe. J'en vois la preuve dans ce mot *plus-value* : peut-on dire qu'un pan de mur donne plus-value à un terrain ? Qu'un bâtiment, une maison, une usine, ne fût-ce même qu'un hangar, donne à un immeuble une augmentation de valeur, je le comprends. Mais un mur avec quelques centimètres d'une habitation, on n'en peut trouver un acquéreur isolé, et, nous le savons, c'est là le critérium de la plus-value. J'en vois une autre preuve dans ce que l'article 555 s'occupe d'un détenteur, d'un possesseur d'un immeuble. Ce voisin, dont il s'agit, n'a par hypothèse aucun droit sur son

(1) En ce dernier sens, Besançon, 5 avril 1887, Sir., 1889. II. 62.

(2) Sur l'ensemble du système, V. DEMOLOMBE, t. IX, n° 691 *ter*, et MICOLESCO, p. 247 et s.

immeuble, il ne l'a jamais possédé, et c'est par une faute grave qu'il construit sur mon terrain.

Il est un principe que le système de M. Demolombe nous semble violer également. Qu'est-ce donc que cette vente que le tribunal ordonnera ? Ce m'a tout l'air d'une licitation. Supposons donc que c'est une licitation. M. Demolombe s'en défend, c'est vrai. Mais enfin, de deux choses l'une : c'est une licitation : ou ce n'est pas une licitation. Supposons que c'est une licitation, or il ne peut y avoir licitation. Par définition la licitation est la vente aux enchères d'une chose *indivise* entre plusieurs personnes (1). Or ici il n'y a pas d'indivision. M. Demolombe le reconnaît lui-même : chacun se trouve propriétaire, *pro regione*, *pro diviso*, de la maison construite sur son sol. Ce n'est donc pas une licitation. Qu'est-ce alors ? Qu'est-ce que cette vente qu'un tribunal ordonnera d'un immeuble m'appartenant ? Alors, parce qu'il a plu à mon voisin de ne pas observer les limites de son héritage et de bâtir une partie de sa maison sur le mien, je me verrai contraint de laisser vendre mon sol ! Et cela, après avoir payé à ce voisin une plus-value absolument imaginaire, et même négative, je puis le prétendre, plus-value qu'il soutient avoir donnée à mon terrain en y plantant un des murs de sa maison ! Cette vente me paraît une expropriation pour cause d'utilité ou d'erreur privée.

489. — Le respect à la propriété est un principe essentiel, un principe fondamental que le législateur a déposé dans l'article 545 et qu'il aurait pu placer au frontispice de notre Code. Ce principe exige que nul ne puisse porter atteinte, par quelque moyen que ce soit, à la propriété d'autrui. Nous avons vu que le Code en a fait une application en autorisant

(1) GUILLOUARD, *Traité de la Vente*, t. II, n° 728.

ordinairement le propriétaire à faire enlever les constructions élevées sur son terrain par un possesseur ou détenteur, et qu'il n'a dérogé à cette règle qu'en faveur du possesseur dont la bonne foi est appuyée par un titre.

C'est le cas ici de faire une autre application du même principe, sans que nous puissions y apporter aucune dérogation : *exceptio est strictissimæ interpretationis*.

Nous déciderons donc que le propriétaire sur le fonds duquel a été commis un empiètement, a le droit d'exiger la destruction de tout ce qui dépasse la limite des deux héritages, quelle que soit d'ailleurs la bonne ou la mauvaise foi du constructeur. Il peut en outre réclamer, s'il y a lieu, des dommages-intérêts, en se fondant sur l'article 1382.

Nous trouvons ce principe nettement proclamé dans plusieurs arrêts (1). Dans le premier arrêt, la Cour suprême donne gain de cause au propriétaire alors que l'empiètement était de 14 *pouces 19 lignes*, et dans le second elle décide qu'il y a lieu d'ordonner la démolition d'un mur qui a été construit avec une anticipation de *onze centimètres* sur le terrain du voisin. Signalons encore dans le même sens un arrêt de Caen du 18 janvier 1841, rapporté par M. Demolombe.

C'est l'opinion que nous trouvons enseignée par MM. Aubry et Rau (2). C'est celle que soutenait déjà Hennequin (3).

490. — Il y aurait lieu certainement de faire céder notre solution rigoureuse mais exacte, s'il était établi qu'il y a eu un mandat ou un consentement de la part du propriétaire sur le terrain duquel il y a empiètement. Mais c'est au constructeur à établir l'existence de ce consentement ou de ce

(1) Cass., 22 avril 1823, Sir., C. N., 7^e vol., I, 234. — Cass., 26 juillet 1841, Dall., 1841. I. 306.

(2) T. II, § 204, texte et note 25, p. 265 et 266.

(3) *Traité de législation*, t. 1^{er}, p. 255.

mandat, dont d'ailleurs la preuve pourra résulter des circonstances de la cause, et relativement auquel le juge du fait a un pouvoir très étendu et souverain. C'est ainsi que s'expliquent deux arrêts de la Cour de Caen cités par M. Demolombe : il s'agissait d'une construction faite par un mari en partie sur son immeuble, en partie sur l'immeuble de sa femme (1). Ces décisions ne portent aucune atteinte à notre principe.

(1) Caen, 4^e chambre, 17 décembre 1833. — Caen., 1^{er} chambre, 8 mai 1839.

TROISIÈME PARTIE

DROIT FISCAL

TROISIÈME PARTIE

DROIT FISCAL

INTRODUCTION

491. — La question des constructions élevées sur le terrain d'autrui présente, au point de vue de l'application des droits d'enregistrement, d'incontestables difficultés. Que l'on consulte les auteurs ou que l'on recherche les décisions de la jurisprudence, il est très embarrassant de se faire une opinion en présence d'un aussi grand nombre de théories et de systèmes, mis en avant par des auteurs considérables, soutenus avec un égal talent, admis par des arrêts longuement motivés, adoptés successivement par les solutions de l'Administration.

La raison de cette anarchie — le mot rend bien la pensée de celui qui vient de parcourir la doctrine et la jurisprudence — la raison de cette anarchie est nous semble-t-il, l'intervention des prétendus principes spéciaux de la matière de l'enregistrement. Loin de nous la pensée de nier que l'enregistrement n'ait ses règles de perception, ses tarifs : mais ce sont, croyons-nous, des règles de forme et non des règles de fond : elles ne changent rien à la nature juridique des

événements et des droits, telle que la détermine le droit civil.

Nous ne pouvons que nous ranger à l'idée remarquablement exprimée dans ce passage d'un article du savant professeur M. Valette :

« Que penserons-nous donc de ces allégations si souvent mises en avant et avec tant de confiance, dont tant de gens se sont payés et se paient encore tous les jours, que *le droit d'enregistrement est un droit tout spécial, qu'il est dangereux d'y introduire les principes rigoureux du droit civil*, etc. ? Je me suis, comme tant d'autres, laissé prendre à ces espèces de *brocards fiscaux*, et c'est pour cela que je tiens beaucoup aujourd'hui à en dire mon avis. Ne vous arrêtez pas, croyez-moi, à ces vagues assertions ; soumettez-les à un examen approfondi, et vous vous convaincrez qu'elles sont basées sur une très pauvre équivoque. Sans doute, l'enregistrement a ses règles spéciales : chiffres divers du tarif, modes de recouvrement, procédure, prescription, en un mot tout ce qui n'est point détermination de la nature propre des divers événements juridiques et de leurs effets ; mais, quant à cette détermination, il ne doit être question que du droit commun, tel que l'ont constitué nos lois civiles. Avec un autre système, il n'y a point de terme aux difficultés et *point de ressource contre l'arbitraire* ; car enfin, si l'on admet que les termes du droit civil employés dans les lois de l'enregistrement, et, par exemple, que les mots vente, échange, transaction....., ont, dans ces lois un sens autre que celui du droit ordinaire, où trouvera-t-on la fixation du sens fiscal ? Ce n'est certainement point dans les lois mêmes de l'enregistrement, car on y chercherait vainement une seule définition nouvelle d'une expression de droit (1) ».

(1) Article paru dans la *Revue étrangère et française de législation*.

Nous pensons, avec M. Valette, qu'il y a lieu de réduire les principes du droit fiscal à leur juste portée, et d'appliquer rigoureusement les principes exacts du droit civil. C'est le but de cette troisième partie.

492. — Suivant un ordre qui nous paraît simple et logique, nous diviserons cette partie en trois chapitres :

Dans le premier, nous déduirons les conséquences fiscales du caractère juridique de l'accession.

Dans le deuxième, nous déterminerons à quels droits peuvent donner ouverture les transmissions et conventions à titre onéreux, relatives aux constructions élevées sur le terrain d'autrui.

Dans le troisième enfin, nous indiquerons les conséquences que comportent, selon nous, les règles déjà posées, au cas de transmission à titre gratuit, notamment à cause de mort.

t. X (1843), p. 216, et reproduit en partie dans la *Revue pratique de droit français*, t. XI, p. 148, en note.

V. la même opinion émise par : CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, t. IV, n^{os} 317 et s. — GABRIEL DEMANTE, t. I^{er}, n^{os} 278, 334 et 357, t. II, n^o 486. — DEMOLOMBE, t. I^{er}, n^o 160-172. — *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, V^o *Constructions*, n^{os} 88 et s. — LAURENT, t. V, n^o 415. — MOULON, *du Droit proportionnel et du droit fixe de transcription* (*Revue pratique du droit français*, t. XI, p. 134).

V. l'opinion contraire soutenue dans : Mémoire de l'administration et conclusions de M. l'avocat général Blanche, précédant l'arrêt de cassation du 24 novembre 1869, Sir., 1870. I. 39. — Rapport de M. le conseiller Dagallier, précédant arrêt de cassation du 27 mai 1873, Sir., 1873. I. 254. — GARNIER, *Rep. gén.*, n^{os} 5125 et s. — PONT, *Revue critique de jurisprudence*, t. I^{er}, p. 749 et s.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACCESSION.

493. — Les conséquences fiscales du caractère juridique de l'accession nous paraissent faciles à déterminer : nous serons très brefs.

Nous avons vu que, *vi ac potestate rei suæ*, le maître du sol devient immédiatement propriétaire des constructions, au fur et à mesure qu'elles s'élèvent sur son terrain : les matériaux perdent leur individualité, périssent, et la construction s'identifie au sol auquel elle s'incorpore. Tel est le sens de l'adage : *superficies solo cedit*.

On doit, si on analyse rigoureusement le phénomène juridique de l'accession, dire qu'il n'y a là aucune transmission de propriété : il y a, d'une part, extinction, perte des matériaux, et, d'autre part, augmentation de la chose du propriétaire du sol (1).

La conséquence fiscale est que cet événement ne peut donner lieu à aucune perception.

494. — Que si, dans un système moins juridique, bien que plus conforme au texte du Code (2), on considère qu'il y a acquisition des matériaux par le propriétaire du sol, l'enregistrement n'a pas davantage de droit à percevoir : c'est une acquisition légale. Or, il est de principe que les transmis-

(1) V. *Supra*, Première partie, *Droit romain*, n° 3, et Deuxième partie, *Droit civil*, n° 95.

(2) Art. 712, Civ.

sions volontaires seules donnent lieu à la perception de l'impôt d'enregistrement.

495. — D'ailleurs aucun acte écrit ne constate ordinairement cet événement juridique. Si un acte était dressé et qu'il fût présenté à la formalité de l'enregistrement, le receveur ne pourrait percevoir que le droit fixe des actes innommés (3 fr.).

496. — Mais l'accession procurant un enrichissement au maître du sol, celui-ci, lorsqu'il conserve les constructions, doit une indemnité à celui qui les a élevées. Nous verrons, dans le chapitre suivant, les diverses circonstances dans lesquelles se présente le règlement de cette indemnité entre constructeur et propriétaire : disons dès maintenant que ces actes donneront en principe ouverture au droit de règlement d'indemnité, droit proportionnel de 0 fr. 50 0/0 (1).

(1) Art. 69, § 2 n° 8, L. 22 frimaire an VII.

CHAPITRE II

TRANSMISSIONS ET CONVENTIONS A TITRE ONÉREUX.

497. — Pour l'étude des droits d'enregistrement à la perception desquels peuvent donner lieu les transmissions et conventions à titre onéreux relatives aux constructions élevées sur le terrain d'autrui, nous suivrons un ordre à peu près identique à celui que nous avons observé dans notre étude de droit civil.

Divisant ce chapitre en sections, nous distinguerons, suivant les relations juridiques existant entre le propriétaire et le constructeur, selon que ce dernier est :

- 1° Possesseur de bonne ou de mauvaise foi ;
- 2° Locataire ou superficiaire.

[Nous réunissons ces deux qualités en une même section, parce que souvent, en fait, elles se trouvent réunies sur la même tête.]

- 3° Commodataire ;
- 4° Antichrésiste ;
- 5° Usufruitier ;
- 6° Mandataire ;
- 7° Copropriétaire ;
- 8° Propriétaire sous condition résolutoire.

SECTION I. — **Possesseur de bonne ou de
mauvaise foi.**

498. — Pour plus de précision dans nos explications, nous distinguerons deux sortes de conventions :

- 1^o Celles que le possesseur passe avec un tiers ;
- 2^o Celles qu'il passe avec le propriétaire.

§ 1. — **Conventions avec un tiers.**

499. — Il importe essentiellement de ne pas confondre le droit et le fait, le droit posant des règles absolument certaines, le fait pouvant au contraire faire varier considérablement la perception.

500. — I. *En droit* la propriété des constructions étant allée, au fur et à mesure de leur édification, au propriétaire du sol, le possesseur n'a sur elles que le droit qu'il a sur le sol lui-même. Il y a donc lieu de distinguer suivant le parti que l'on prend dans la grande et ancienne controverse : la possession constitue-t-elle un véritable droit réel ? N'est-elle au contraire qu'un simple état de fait ?

Nous n'avons évidemment pas à entrer ici dans les discussions qui se sont élevées et se débattent encore entre les auteurs. Nous indiquerons les deux solutions, suivant le parti adopté dans cette délicate question.

501. — Si, avec M. Demolombe (1), on considère que la possession est un véritable droit réel, le possesseur qui cède à un tiers ses droits sur les constructions fait une cession

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n^o 479.

immobilière. Il y aura donc lieu de percevoir le droit de 5 fr. 50 p. 100 qui atteint les mutations immobilières (1).

502. — Si, avec MM. Aubry et Rau (2) ; on ne voit dans la possession qu'un état de fait, que l'apparence d'un droit, le constructeur ne cède à son acquéreur qu'un droit personnel et mobilier, qu'un droit de créance. De deux choses l'une, en effet : le constructeur était de mauvaise foi, ou de bonne foi, lorsqu'il a élevé le bâtiment.

S'il était de mauvaise foi, le droit du possesseur s'analyse en une créance alternative de somme d'argent ou de matériaux ; il touchera une somme d'argent, si le propriétaire véritable, en l'évinçant, conserve les constructions ; son droit se bornera à reprendre les matériaux, si le maître du sol exige leur démolition.

Si le possesseur était de bonne foi, la démolition n'est pas à craindre : son droit consistera toujours en une créance de somme d'argent, somme qui variera, au choix du propriétaire, entre la plus-value et l'impense.

Créance alternative d'argent ou de matériaux, ou créance alternative de sommes d'argent, tel est le droit du possesseur. Sa cession constitue donc une cession de créance, sur laquelle le fisc ne peut prétendre que le droit d'acte qui atteint les actes de cette espèce, droit de 4 p. 100 seulement (3).

503. — II. *En fait*, cette solution juridique pourra se trouver contrariée par un principe de perception admis par notre législation fiscale : les receveurs n'ont pas à rechercher, lors-

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 7, n° 1. — L. 28 avril 1816, art. 52.

(2) AUBRY et RAU, t. II, § 177, p. 79.

(3) L. fr., art. 69, § 3, n° 3.

Mais comme le montant de la créance cédée est indéterminée, il y a lieu de demander aux parties une déclaration estimative certifiée et signée au pied de l'acte (L. fr., art. 16).

qu'un acte de vente leur est présenté, s'il émane du véritable propriétaire ou *a non domino* ; la transmission apparente est taxée comme la transmission réelle.

La rédaction adoptée dans l'acte peut donc avoir une très grande influence sur la perception.

Si le possesseur, cédant les constructions qu'il a élevées, déclare purement et simplement vendre à l'acquéreur une maison, sans spécifier en quelle qualité il l'a construite et la détient, le receveur verra dans cet acte une vente ordinaire : il percevra donc le droit des mutations immobilières. C'est là une circonstance de nature à se présenter très souvent dans la pratique et qui empêchera dans nombre de cas l'application des règles que nous venons de poser.

Pour que ces règles s'appliquent, il faut que de la lecture de l'acte résulte l'indication que c'est en qualité de possesseur seulement que le constructeur a élevé les bâtiments cédés et qu'il ne fait que céder ses droits à l'acquéreur.

§ 2. — Conventions avec le propriétaire.

504. — Entre possesseur et propriétaire, il n'y a guère lieu à convention que pour régler le montant de l'indemnité que celui-ci paie à celui-là lorsqu'il conserve les constructions.

Quel droit doit être perçu sur l'acte constatant une convention de ce genre ? La question ne nous paraît pas aussi difficile à résoudre qu'elle l'a paru à certains et notamment à l'administration (1).

(1) Remarquons que tout ce que nous allons dire des droits à percevoir lors du règlement de l'indemnité due au possesseur s'applique à toute les hypothèses dans lesquelles le propriétaire conserve, moyennant indemnité, les constructions élevées, sur son terrain par un tiers. Ayant exposé dans ce paragraphe les deux systèmes en présence, et ayant justifié celui que nous adoptons, nous pourrions, chaque fois que dans une action pos-

505. — Deux systèmes diamétralement opposés sont en présence. D'après l'un, les conventions de ce genre constituent toujours, au point de vue fiscal, des ventes immobilières, et doivent par conséquent être frappées de l'impôt de 5 fr. 50 p. 100. Suivant l'autre, toutes ces conventions s'analysent en un règlement d'indemnité qui ne peut donner ouverture qu'au droit de 0 fr. 50 p. 100.

M. Garnier, dans son *Répertoire*, les a développés et défendus tous deux avec une égale vigueur. Nous risquerions d'affaiblir les arguments en essayant de les exposer nous-mêmes : nous préférons reproduire textuellement les deux passages du *Répertoire* (1).

506. — En faveur du premier système (droit de 5 fr. 50 p. 100) :

« On a soutenu que, quand le maître du terrain ne peut ou ne veut ordonner l'enlèvement, il devient *ab initio* propriétaire de l'édifice, à charge d'indemniser le constructeur ; qu'en l'état, il peut y avoir lieu à réclamer le droit d'indemnité mobilière, jamais le droit de vente d'immeubles... Cette doctrine pourrait se justifier s'il fallait régler l'application du droit d'enregistrement par les principes du droit civil. On a vu, en effet, précédemment que, quand le propriétaire du sol n'a pas renoncé au droit d'accession, soit qu'il ait déclaré formellement vouloir reprendre les bâtiments à la fin du bail, soit que l'acte soit muet à cet égard, les constructions sont

térieure se présentera une situation identique, nous borner à un simple renvoi.

(1) M. Garnier expose et défend ces deux systèmes à propos du locataire, et en se plaçant à deux moments différents : il applique le droit de 5 fr. 50 p. 100 aux conventions passées pendant le bail, et le droit de 0 fr. 50 p. 100 aux conventions intervenues en fin de bail. Mais les arguments qu'il développe peuvent aussi bien s'appliquer au possesseur ou à un détenteur quelconque qu'au locataire, et ses raisonnements auraient autant de force quel que soit le moment où interviennent les conventions.

présumées appartenir au maître du sol et ne sauraient être saisies immobilièrement par les créanciers du preneur. Ce preneur est donc considéré comme ayant reçu simplement la jouissance du sol et des bâtiments, avec l'expectative de se faire indemniser de ses dépenses. D'où la conséquence que le règlement de cette indemnité n'opère pas au profit du bailleur la transmission d'un immeuble qui lui appartenait déjà et ne peut donner ouverture qu'au droit mobilier.

« Mais il ne paraît pas que l'Administration ait jamais admis une pareille conclusion. Sauf le cas où les bâtiments ont été élevés pour le compte du bailleur, en vertu d'une stipulation expresse du bail, on considère que la transmission des droits du locataire est soumise aux mêmes règles, soit qu'elle ait lieu au profit du propriétaire, soit qu'elle s'opère au profit d'un tiers. Dans les deux cas, on se trouve également sous l'empire de ces *principes particuliers de la législation fiscale*, à savoir que *le droit d'enregistrement est un impôt déterminé par la nature actuelle de l'objet transmis au moment où la cession est effectuée*.

« Les règles qui ont déterminé la jurisprudence de la Cour au sujet de la cession à un tiers s'appliquent donc à la cession consentie au propriétaire, soit avant l'expiration du bail, soit à cette dernière époque » (1).

507. — Pour soutenir le second système (droit d'indemnité mobilière, 0 fr. 50 0/0) :

« L'incorporation des bâtiments au terrain s'opère de plein droit, par la seule option du propriétaire du sol, sans qu'il soit besoin du consentement du constructeur. Ce dernier perd à l'instant même la propriété de ses bâtiments pour ne con-

(1) GARNIER, *Rep. gén.*, V° *Constructions*, n° 5126-1. — Remarquons qu'il traite surtout des cessions de locataire à bailleur : c'est le cas le plus fréquent. Mais le raisonnement est général.

server que le droit à une indemnité pécuniaire. Ne possédant plus les immeubles, il ne saurait les céder. La convention qui intervient entre lui et le bailleur n'est donc pas une transmission d'immeubles..... Tant que la cession ne s'est pas réalisée, le fermier demeure propriétaire sous condition résolutoire ; mais au moment de l'option, sa propriété conditionnelle s'évanouit. Il est réputé avoir élevé les bâtiments pour le compte du bailleur, auquel ils arrivent libres de charges et qui est censé en avoir eu la propriété *ab initio*. Par l'échéance de la condition, le fermier devient semblable au mandataire qui a employé ses deniers personnels à la construction d'un bâtiment de son mandant. Il doit obtenir le remboursement de ses dépenses ; mais cette indemnité, quoiqu'ayant pour objet un immeuble n'a qu'un caractère mobilier..... » (1).

508. — L'administration a hésité entre ces deux systèmes.

Dans une solution du 23 novembre 1830 (2), elle s'était rangée au système qui ne voit dans les conventions entre constructeur et propriétaire qu'un règlement d'indemnité, et elle avait ordonné à ses agents de ne percevoir que le droit d'indemnité mobilière.

Cette instruction fut suivie jusqu'en 1854. A cette époque, M. Garnier soutint, dans la première édition de son *Répertoire*, que le droit exigible était celui de mutations immobilières (3). M. G. Demante partageait la même manière de voir (4). L'administration profita de ce courant de la doctrine favorable à la perception, et, dans une solution du 3 septembre 1855, invita ses agents à percevoir désormais le droit de 5.50 0/0.

(1) GARNIER, *Rep. gén.*, V° *Constructions*, n° 5126-4.

(2) Inst. 1354, § 3, J. E., 9867.

(3) GARNIER, 1^{re} édition, n° 3692.

(4) G. DEMANTE, 1^{re} édition, t. I^{er}, n° 360.

Ce système ne réussit pas devant les tribunaux. Il fut formellement rejeté par un jugement du tribunal de Compiègne du 20 mai 1869 (1), qui décida que le droit à percevoir était le droit d'indemnité. Ce jugement fit jurisprudence, et le tribunal de Lyon se prononça encore dans le même sens (2). En présence de ces décisions, l'administration revint à son ancienne solution, tant en se désistant du pourvoi formé contre le jugement de Lyon que par la délibération du 7 octobre 1871 (3).

509. — Nous nous rallions absolument et sans réserves à l'opinion de l'Administration. Le système contraire est obligé d'invoquer les « principes particuliers de la législation fiscale ». « Le droit d'enregistrement, ajoute-t-on, est un impôt déterminé par la nature actuelle de l'objet transmis au moment où la cession est effectuée » : outre que c'est là une affirmation gratuite, il nous est facile de faire observer qu'il n'y a pas d'objet transmis, et que le principe, fût-il exact, ne trouverait pas ici son application.

D'ailleurs, pour justifier le système de l'Administration, point n'est besoin, ainsi que le fait M. Garnier, de voir dans le fermier un propriétaire sous condition résolutoire et de le considérer ensuite comme un mandataire. Il suffit de constater que, aux termes mêmes de la loi, le propriétaire doit au constructeur une *indemnité* et que la convention qui en détermine le chiffre est un règlement d'indemnité.

510. — Nous ajouterons qu'il n'y a pas à s'inquiéter de la qualification donnée à l'acte, et quand bien même il serait qualifié vente, le droit à percevoir serait toujours celui de 0 fr. 50 0/0.

(1) J. E., 18.841. — Sir., 1871. II. 104.

(2) Trib. civ. de Lyon, 7 juillet 1870, Garnier, *Rep. périodique*, 3481.

(3) *Adde*, Solution du 8 août 1885, Dall., 1887. V. 198.

La qualification donnée aux actes ne doit, en effet, influencer en rien sur la perception qui doit être uniquement déterminée par leur véritable caractère juridique. Du moment qu'il est possible au receveur de constater en lisant l'acte qu'il s'agit d'un règlement d'indemnité entre propriétaire et possesseur, il ne peut percevoir 5 fr. 50 0/0 sous le prétexte que les mots vente ou cession ont été employés.

511. — Signalons encore, pour la repousser, une opinion qui ne compte d'ailleurs que bien peu de partisans et suivant laquelle il y aurait lieu de percevoir le droit de marché (1 0/0) lorsque l'indemnité n'est pas payée immédiatement.

L'Administration n'est pas fondée à percevoir un droit sur des marchés qui seraient censés avoir eu lieu : l'impôt n'atteint que les conventions réellement intervenues. Or l'acte portant règlement d'indemnité — même si cette indemnité n'est pas payée immédiatement — ne contient ni ne constitue un marché pour constructions.

SECTION II. — Locataire et superficiaire.

512. — C'est surtout à l'occasion des constructions élevées par le locataire que la doctrine a le plus discuté et que la jurisprudence a eu le plus souvent à juger. C'est ici qu'éclate, plus que partout ailleurs, l'inconvénient qu'on rencontre à faire intervenir de prétendus principes fiscaux, à répudier les principes reconnus exacts en droit civil pour s'appuyer sur des règles qu'aucun texte n'édicte et que rien ne justifie.

Un rapide aperçu des solutions données par la jurisprudence, la doctrine et l'administration nous permettra de nous convaincre de cette vérité. La critique de ces solutions nous permettra de dégager les vrais principes, dont nous pourrons

faire l'application aux hypothèses les plus intéressantes ou les plus fréquentes en pratique.

§ 1. — **Exposé de la jurisprudence et de la doctrine.**

513. — La jurisprudence est loin d'être unanime sur la question qui nous occupe. La Cour de cassation et les tribunaux de première instance ont longtemps lutté : la victoire est restée, nécessairement, à la Cour suprême dont les décisions font loi aujourd'hui.

La doctrine est sérieusement divisée.

L'administration elle-même, dans ses solutions, a longtemps hésité.

L'examen des divers systèmes proposés, l'exposé des motifs sur lesquels ils s'appuient, sont extrêmement instructifs : ils montrent le danger qu'il y a à s'écarter des principes du droit civil pour suivre les prétendus principes spéciaux du droit fiscal.

I. — *Jurisprudence de la Cour de cassation.*

514. — La Cour de cassation française, comme la Cour de cassation belge d'ailleurs, a adopté un système qui se recommande surtout par sa simplicité et par sa généralité. Toute cession de constructions constitue une vente immobilière qu'atteint le droit de 5 fr. 50 0/0.

L'argument fondamental invoqué par les nombreux arrêts de la Cour suprême qui ont consacré cette décision, est le suivant : La qualité de meuble ou d'immeuble se détermine par l'état actuel de la chose, sans qu'il y ait à tenir compte de la qualité du constructeur. Les bâtiments élevés par un tiers sur l'immeuble d'autrui, et notamment les constructions faites par le locataire, sont, aux termes de l'article 518 et en vertu de leur incorporation au sol, de nature immobilière :

Leur vente ou leur cession est donc une vente immobilière : il y a mutation immobilière ; par conséquent, le droit à appliquer est celui de 5 fr. 50 0/0.

Longue est la série des arrêts où se trouve reproduit ce raisonnement (1).

515. — La Cour suprême ne semble établir aucune distinction : le raisonnement en effet n'en comporte aucune.

Tout au plus cesse-t-elle d'appliquer son principe lorsqu'il s'agit d'un acte passé en fin de bail entre le locataire et le propriétaire : elle reconnaît qu'alors il n'y a plus une vente, mais un règlement d'indemnité (2).

II. — *Jurisprudence des tribunaux de première instance.*

516. — Pendant longtemps, les tribunaux civils ont lutté contre la théorie admise par la Cour de cassation. Mais en présence de la résistance de la Cour suprême qui a constamment maintenu sa doctrine, ces tribunaux ont dû céder.

Ils décidaient que le droit à percevoir à l'occasion des cessions par le locataire des constructions par lui élevées était le droit des cessions mobilières, droit de 2 fr. p. 100.

Les arguments invoqués nous paraissent intéressants à exposer.

516 *bis*. — Le principe qui servait de base aux décisions des tribunaux de première instance était généralement ainsi formulé : les constructions élevées par un tiers, avec ou sans

(1) Cass., 18 novembre 1835, Sir., 1835. I. 907. — Cass., 2 février 1842, Sir., 1842. I. 101. — Cass., 26 juillet 1843, Sir., 1843. I. 805. — Cass., 3 juillet 1844, Sir., 1844. I. 682. — Cass., 26 août 1844, Sir., 1844. I. 708. — Cass., 16 juillet 1845, Sir., 1845. I. 491. — Cass., 15 avril 1846, Sir., 1846. I. 396. — Cass., 25 avril 1846, Sir., 1846. I. 397. — Cass., 5 janvier 1848, Sir., 1848. I. 197. — Cass., 27 juillet 1868, Sir., 1869. I. 38. — Cass., 19 avril 1869, Sir., 1869. I. 325. — Cass., 19 février 1873, Sir., 1873. I. 137. — Cass., 11 août 1884 (motifs), Sir., 1885. I. 231.

(2) Cass., 2 juillet 1851, Sir., 1851. I. 585.

l'autorisation du propriétaire dans le sol duquel elles sont édifiées, sont meubles à l'égard du constructeur, et immeubles relativement au propriétaire.

Nous trouvons ce principe très nettement posé dans un jugement du tribunal de la Seine. Nous croyons utile d'en extraire le considérant le plus catégorique au point de vue doctrinal :

« Attendu, dit ce jugement, que lorsqu'un tiers édifie sur le terrain d'autrui, soit avec l'autorisation du propriétaire, soit sans son consentement, la construction ainsi élevée doit, à l'effet de déterminer la nature mobilière ou immobilière qu'il convient de lui attribuer, être envisagée sous un double rapport : qu'entre les mains du propriétaire du sol, alors qu'elle lui est acquise en vertu soit de la convention soit des dispositions de la loi, elle devient immeuble par voie d'accession ; mais qu'à l'égard du constructeur, elle continue d'avoir le caractère mobilier qui appartenait aux matériaux par lui employés dans son œuvre, caractère qu'ils ne peuvent jamais perdre par rapport à lui, puisque leur transmutation légale en immeuble n'est qu'une conséquence de leur incorporation au sol sur lequel il n'a aucun droit ;

« Attendu, dès lors, que la cession consentie par A. des constructions par lui édifiées en exécution de son bail ne pouvait être considérée comme une cession immobilière.....(1) ».

517.— Un autre argument qui nous semble assez singulier a été développé, pour soutenir la même décision, par un certain nombre de jugements. Le voici tel que nous le trouvons dans un jugement du tribunal de Belfort :

« Attendu que l'article 518 du Code civil, qui déclare les bâtiments immeubles par leur nature, repose sur la présomp-

(1) Trib. civ. de la Seine, 20 janvier 1841, rapporté dans DALLOZ, *Rep. met.*, V^o *Enregistrement*, n^o 2893.

tion de leur perpétuelle incorporation au sol d'après la règle *quod solo inædificatur solo cedit* ; que le principe de cette présomption se fait sentir surtout par la combinaison de cet article avec l'article 555 du même Code, qui donne au propriétaire du sol le droit d'y retenir les constructions qu'y aurait faites un tiers auquel il ne compèterait qu'une action mobilière, soit à raison de l'indemnité que, dans ce cas, il serait en droit de réclamer, soit pour l'enlèvement des constructions, si le propriétaire du terrain renonçait à son droit de rétention ;

« Attendu, dès lors, que si le propriétaire du sol permet à un tiers d'élever une construction avec la facilité de l'enlever à une époque déterminée, renonçant ainsi d'avance par une convention particulière au bénéfice de l'article 555, la présomption de la perpétuelle incorporation au sol cesse d'exister, et la construction, dans ce cas, doit être considérée dès son origine comme de nature purement mobilière, à moins qu'il n'y ait preuve que la convention n'a lieu qu'en fraude de la loi fiscale..... (1) ».

Tels sont les principaux arguments qui pendant un certain temps ont déterminé la jurisprudence des tribunaux inférieurs (2).

518. — La théorie de la Cour de cassation l'a emporté, et un nombre considérable de jugements l'ont appliquée depuis un demi-siècle (3),

(1) Trib. civ. de Belfort, 11 décembre 1839, rapporté dans Dalloz. *Rep. met.*, V° *Enregistrement*, n° 2893.

(2) V. notamment, trib. de la Seine, 4 juin 1840, trib. de Strasbourg, 7 juillet 1840, trib. de la Seine, 10 décembre 1840, et aussi cour de Bruxelles, 4 octobre 1817 : DALLOZ, *Rep. met.*, V° *Enregistrement*, n° 2893.

(3) Cour de la Haye, 20 juin 1823, DALLOZ, *Rep. met.*, V° *Enregistrement*, n° 2892. — Trib. de Bar-le-Duc, 7 mars 1835, même recueil, V° *Biens*, n° 22. — Trib. de la Seine, 31 décembre 1835, même recueil, V° *Enregistrement*, n° 2892. — Trib. de Lille, 23 février 1838, J. E., 12007. — Trib. de Besançon,

III. — *Doctrine.*

519. — Les auteurs sont plus divisés encore que les tribunaux. Les uns prennent parti pour le système de la Cour de cassation, les autres défendent la théorie un instant admise par les tribunaux de première instance, d'autres émettent des systèmes particuliers.

Cet examen ne laisse pas d'être instructif.

520. — L'opinion de la Cour de cassation est soutenue par M. Garnier. Avec elle, il admet que le droit à percevoir est en principe celui de 5 fr. 50 0/0 : il reproduit sous une forme très nette la doctrine de la Cour suprême et son principal argument :

« C'est un principe constant, dit-il, que la quotité du droit d'enregistrement ne peut être déterminée que par la nature et la qualité de la chose vendue au moment où la vente est effectuée. D'un autre côté, l'administration qui établit des perceptions d'après les stipulations des actes, n'a pas qualité pour examiner si le vendeur d'un bâtiment en est réellement propriétaire ou aliène la chose d'autrui. Il suffit que le contrat porte transmission d'une chose immobilière pour justifier la perception du droit immobilier. Or, il n'est pas douteux que le bâtiment est immeuble par nature, abstraction faite de son possesseur. Dès lors donc qu'il est aliéné, l'acte est passible du tarif immobilier. Et il n'y a pas à considérer

11 janvier 1840, J. E., 12451-3°. — Trib. de Bordeaux, 23 février 1842, J. E., 12951. — Trib. de Bayonne, 16 mai 1843, J. E., 13291. — Trib. de Dunkerque, 23 avril 1845, Sir., 1848. I. 197. — Trib. de Versailles, 5 juillet 1849, J. E., 14824. — Trib. de Lyon, 10 décembre 1863, GARNIER, *Rep. pér.*, 1523. — Trib. du Havre, 25 février 1864, J. E., 17861-2. — Trib. de Grenoble, 11 janvier 1865, GARNIER, *Rep. pér.*, 2084. — Trib. de la Seine, 21 avril 1865, Sir., 1866. II. 188. — Trib. de la Seine, 21 juillet 1855, GARNIER, *Rep. pér.*, 2163. — Trib. de la Seine, 23 juillet 1870, Dall., 1871. III. 65. — Trib. de Pont-l'Évêque, 15 mai 1883, Sir., 1885. II. 93.

pour cela, bien entendu, si le propriétaire du terrain avait ou non renoncé au droit d'accession résultant de l'article 555 du Code civil. Cette circonstance ne change ni la nature actuelle de l'objet transmis, ni le fait matériel de sa transmission (1) ».

Voilà, formulée en termes beaucoup plus précis que ceux de ses arrêts, le système de la Cour de cassation : c'est celui qu'admet M. Garnier et qu'il développe.

521. — Le *Dictionnaire des rédacteurs du Journal de l'Enregistrement*, rival du *Répertoire général* de Garnier, défend aussi, et avec plus de vigueur, la théorie de la Cour de cassation. Mais il part d'un autre principe.

Voici, reproduit textuellement, le raisonnement que nous ne trouvons dans aucune décision de la Cour suprême et qui, suivant le Dictionnaire, justifie la théorie :

« Le bâtiment une fois construit est immeuble par sa nature. S'il existe un immeuble par nature, cet immeuble appartient nécessairement comme tel à quelqu'un, au propriétaire ou au tiers constructeur.

« Or, *il n'appartient pas au propriétaire du sol*. Supposons que les constructions ont été élevées par le preneur, et qu'elles n'ont pas été attribuées au propriétaire avec ou sans indemnité ; alors les relations des parties seront, à l'expiration du bail, régies par l'article 555. Le bailleur n'est propriétaire des bâtiments qu'à une double condition suspensive, qu'autant : 1^o que les constructions existeront encore à la fin du bail, 2^o qu'autant que le propriétaire aura opté pour les conserver, moyennant une indemnité. Le bailleur est si peu maître des constructions que le preneur a le droit absolu de les modifier ou de les détruire.

« Si donc les constructions n'appartiennent pas au bail-

(1) GARNIER, *Rep. général*, V^o *Constructions*, nos 5121-5129.

leur, elles appartiennent avec leur caractère immobilier au preneur qui seul peut en disposer (1) ».

De cette théorie, le Dictionnaire déduit très logiquement les conséquences fiscales suivantes : toute cession faite par le preneur à un tiers, à quelque époque qu'elle se place, donne ouverture au droit de 5 fr. 50 0/0 ; il en est de même de toute cession faite au propriétaire du sol pendant le bail. Seul le règlement d'indemnité qui intervient à la fin du bail entre le bailleur et le preneur constructeur n'est frappé que du droit d'acte de 0 fr. 50 0/0. Il n'est dérogé à ces règles qu'au cas où une clause spéciale du bail a attribué *ab initio* la propriété des constructions au bailleur.

522. — L'opinion un instant soutenue par les tribunaux de première instance a trouvé d'énergiques et convaincus défenseurs en MM. Championnière et Rigaud. Mais les arguments qu'ils développent sont autres que ceux ordinairement invoqués par les jugements que nous avons cités.

Voici la curieuse théorie de droit civil qui, mise en avant par M. Delvincourt, a trouvé des adeptes dans nos deux auteurs :

Le tiers qui construit sur le terrain d'autrui avec ses matériaux conserve la propriété de ceux-ci jusqu'à ce que le propriétaire du sol lui paie l'indemnité fixée par la loi. Mais cette propriété n'est pas celle de l'édifice, c'est celle des matériaux considérés *ut res singulæ, non ut universitas*. A l'égard du constructeur ces matériaux sont toujours meubles.

Le droit du constructeur cesse d'être la propriété d'une chose mobilière et devient un droit de créance quand, par une convention intervenue entre lui et le propriétaire du sol, il a été arrêté que celui-ci conservera les matériaux et qu'il en paiera le prix, prix déterminé par cette convention.

(1) DICTIONNAIRE DES DROITS D'ENREGISTREMENT, V^o *Constructions*, n^o 71.

Tels sont les principes que posent les deux auteurs pour en tirer cette règle qu'en général la cession des constructions par le constructeur non propriétaire du sol est purement mobilière et passible seulement du droit de 2 francs 0/0. Lorsque le droit du constructeur ne constitue plus qu'une simple créance, il y a seulement cession de créance : ce qui donne ouverture au droit de 1 franc 0/0.

Les motifs sur lesquels MM. Championnière et Rigaud basent leurs règles sont généraux : elles s'appliquent donc d'une façon générale à tous les cas où un constructeur cède les constructions qu'il a élevées sur le terrain d'autrui, non seulement aux cessions faites par le locataire, mais à celles que consent un possesseur ou un détenteur quelconque. C'est une théorie générale (1).

Cette théorie avait déjà été soutenue, au point de vue fiscal, par l'auteur du système de droit civil qui en est la base, M. Delvincourt (2).

523. — Nous trouvons une doctrine analogue enseignée par MM. Demolombe, Guillouard, Laurent.

Ces auteurs combattent la jurisprudence de la Cour de cassation : le droit du preneur, disent-ils, est un droit mobilier ; la cession de ce droit est une cession mobilière. On ne peut donc prétendre, ainsi que le fait la Cour suprême, lui appliquer le droit des mutations immobilières : on ne peut percevoir que le droit de 2 0/0 des mutations immobilières.

Il n'en est autrement qu'au cas où le locataire est un superficiaire. Alors il est propriétaire des constructions, immeubles par nature : la cession prend le caractère du droit

(1) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, t. IV, nos 3176-3187, et t. VI, nos 367-368.

(2) DELVINCOURT, édit. de 1824, t. I^{er}, p. 332. — Voir sur cette théorie en droit civil, *suprà*, nos 148 et s.

cédé, c'est une cession immobilière passible du droit de 5 fr. 50 0/0 (1).

524. — M. Gabriel Demante pose des règles toutes pratiques. Que si le preneur est obligé à construire avec clause que le bâtiment à la fin du bail restera sans indemnité au bailleur, le droit du preneur n'est plus qu'un droit de jouissance : il y a lieu de percevoir l'impôt de 0 fr. 20 0/0. Et, en pareil cas, à la fin du bail, il n'y a rien à percevoir : le bailleur prend les bâtiments *suo jure*. Si le preneur a été autorisé à bâtir, considérez qu'il est propriétaire des constructions qu'il élève : toute cession, à qui et à quelque époque qu'elle soit faite, constituera une vente d'immeubles, passible par conséquent du droit de 5 fr. 50 0/0.

525. — M. Binet, professeur du Cours d'enregistrement à la Faculté de Nancy, admet en droit civil le système de MM. Aubry et Rau. Le locataire qui construit est, — sauf convention contraire — propriétaire des constructions pendant toute la durée du bail : l'accession ne se produit qu'à l'expiration de sa jouissance. Il tire de ce principe de droit civil les conséquences suivantes, qui nous semblent absolument logiques.

Pendant le bail, toute cession est une cession immobilière : à qui qu'elle soit faite, elle donne ouverture au droit des mutations immobilières, droit de 5,50 0/0.

A la fin du bail, il faut distinguer : α) si le bailleur a renoncé par avance à son droit d'accession, le preneur était propriétaire irrévocable : si donc le bailleur, dans ces circonstances reprend les constructions, il les achète ; il y a là une mutation immobilière contractuelle, susceptible d'être frappée de l'impôt de 5,50 0/0. β) Si au contraire le bail-

(1) DEMOLOMBE, t. IX, n^{os} 166-173. — GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. I^{er}, n^{os} 298-299. — LAURENT, t. V, n^{os} 414-417.

leur n'a pas renoncé au bénéfice de l'accession, c'est légalement qu'il acquiert les constructions, il n'a de ce chef aucun droit à payer.

IV. — *Administration.*

526. — L'administration de l'Enregistrement elle-même a hésité pendant un certain temps : c'est par une série de solutions accentuant ses prétentions qu'elle en est arrivée au système constamment appliquée aujourd'hui.

Une délibération du 11 août 1824 a décidé — et il nous semble qu'en cela elle ne faisait qu'analyser exactement le fait juridique — que lorsqu'un constructeur cède ses droits à un tiers, il ne cède que des matériaux, en supposant que le propriétaire l'oblige à démolir, ou une simple créance du montant de ces matériaux et du prix de la main-d'œuvre si les constructions sont conservées.

Une décision du 12 juin 1829 porte que la cession faite à la fin d'un bail emphytéotique par le preneur au bailleur, des bâtiments construits par celui-là sur le terrain affermé ne doit donner ouverture qu'au droit de 20/0, parce que les bâtiments construits par un emphytéote ne sont entre ses mains que des valeurs mobilières. — Ceci se rapproche du système de M. Delvincourt et de MM. Championnière et Rigaud.

C'est par une délibération du 14 février et du 21 mars 1834 que l'Administration en est arrivée à la solution qu'elle a fait admettre à notre Cour suprême et qu'elle a constamment appliquée depuis : Les constructions sont toujours des immeubles, leur cession est une cession immobilière, le droit à percevoir est celui de 5 fr. 50 0/0.

§ 2. — Critique.

527. — Nous l'avouons : aucun de ces systèmes ne nous satisfait pleinement. Tous ou presque tous contiennent une part de vérité : mais à tous il nous semble apercevoir de plus ou moins larges taches d'erreur. Les prétendus principes du droit fiscal, auxquels viennent s'ajouter de bizarres considérations de droit civil, doivent être écartés par une critique sévère. Nous espérons montrer que rien ne s'oppose à la simple application des principes que nous avons reconnus exacts en droit civil.

528. — I. Loïn de nous la pensée de proclamer une contre-vérité l'affirmation de la Cour de cassation quand elle proclame que *les bâtiments sont toujours des immeubles*, quelle que soit la personne qui les a élevés. Cela nous paraît indéniable. Le texte de l'article 518, absolument clair, est aussi absolument général : ce serait lui faire violence que soutenir le contraire. Le bon sens lui-même ne contredit nullement à cette affirmation qu'une maison est un immeuble. Nous ne voyons guère de constructions pouvant être qualifiées meubles que ces baraques légères que les forains posent sur nos places publiques ; mais le terme de bâtiments leur est rarement appliqué, et ce n'est pas d'elles que nous traitons dans cet ouvrage (1).

Mais ce que nous contestons, c'est cette proposition qui s'induit des arrêts de notre Cour suprême, à savoir que toute transaction relative à un immeuble constitue une transaction immobilière. A consulter la longue liste des décisions que nous avons citées, il semblerait que les immeubles ne sont

(1) V. *suprà*, Deuxième partie, *Droit civil*, nos 148 et s.

susceptibles que de droits immobiliers. C'est là une erreur évidente, que la même juridiction n'a pas commise dans bon nombre d'autres cas : elle a reconnu, avec raison que le droit du locataire sur une maison, celui du fermier sur un fonds de terre, sont des droits mobiliers.

La Cour confond la chose avec le droit qui s'exerce sur elle.

Le constructeur qui cède les constructions qu'il a élevées ne peut céder la propriété de ces constructions qu'autant qu'il en est lui-même propriétaire. Le locataire, au cas particulier, n'en étant pas propriétaire — hormis le cas de convention contraire, — ne cède que le droit qu'il a sur elles, droit que nous avons analysé en un droit de jouissance et en une créance alternative d'argent et de matériaux, ou en cette dernière seulement suivant l'époque de la cession : jamais ce droit n'est immobilier. Sa cession ne peut donc être immobilière.

529. — La Cour de cassation invoque encore à l'appui de sa théorie les principes spéciaux de l'enregistrement. Or l'un de ces principes est le suivant : c'est l'état actuel des choses qui détermine leur qualité de meubles ou d'immeubles ; principe que d'autres arrêts produisent sous cette forme : en matière d'enregistrement, la quotité du droit ne peut être fixée que par la nature de la chose au moment de la vente.

Nous nous permettons de demander aux partisans du système de la Cour de cassation quel est le texte qui a formulé ce principe. Nous serions désireux de l'étudier et de le commenter.

Mais ce fameux principe, non seulement aucun texte ne le formule, mais il est facile d'en démontrer l'erreur. La conséquence ne vaut que ce que vaut la prémisse, et tant vaut la prémisse tant vaut la conséquence. Or la prémisse est fausse :

il est facile de le démontrer. Supposons un instant que le principe proclamé par la Cour suprême soit exact : appliquons-le dans toute sa rigueur. Il faut, dit-on, pour déterminer le droit à percevoir à l'occasion d'une vente considérer uniquement l'état de la chose au moment du contrat. Mais alors la vente d'une coupe sur pied, la vente des matériaux à provenir d'une construction qui est encore debout seront des ventes d'immeubles, à ne considérer que l'état actuel de la chose vendue : l'administration percevra donc le droit de 5 fr. 50 0/0. Or le texte de la loi s'oppose formellement à une semblable décision (1). La Cour de cassation, dans les deux cas, s'est bien gardée d'appliquer le principe qu'elle-même proclame (2). Voilà le principe rejeté par ceux mêmes qui l'invoquent.

530. — Pour soutenir le système de la Cour de cassation, on a fait aux adversaires de ce système une curieuse objection. Quelle est la question que vous discutez ? dit-on. Vous cherchez à savoir si les constructions élevées par un autre que le propriétaire, notamment par le locataire, sont assujetties aux lois d'impôt qui concernent les immeubles. Or, le fait décide la question. Pouvez-vous nier que le locataire doive payer l'impôt foncier pour les constructions élevées par lui sur le fonds du bailleur ? Non, n'est-ce pas. Eh bien ! s'il paie l'impôt foncier pour les constructions, on paiera aussi les droits de mutation immobilière pour les transmissions auxquelles ces constructions peuvent donner lieu (3).

Le raisonnement nous semble un bel exemple du sophisme

(1) L. fr. art. 69 § 5, n° 1.

(2) Cass., 12 mai 1824, Sir., 1824. I. 199. — Cass., 15 janvier 1886, Dall., 1886. V. 39.

(3) V. le réquisitoire de M. Delebecque, avocat général à la Cour de cassation belge, *Pasicrisie*, 1846. I. 230.

appelé pétition de principe. Nous nions absolument, quant à nous, que le locataire soit directement soumis à l'impôt foncier pour les constructions qu'il élève. En principe, les constructions paient l'impôt, cela est certain : mais c'est au propriétaire du sol que l'administration des contributions directes doit s'adresser, sauf à lui à réclamer à son locataire les sommes qu'il a payées. Il est vrai que les constructions sont des immeubles ; il est vrai qu'elles sont soumises aux impôts qui atteignent les immeubles. Mais qui doit payer ces impôts ? telle est justement la question.

Au fond, c'est donc toujours — présenté sous une autre forme — l'argument qu'invoque la Cour de cassation : c'est un immeuble qui est vendu, donc ce seront les droits de mutation pour vente d'immeubles qui devront être payés (1).

531. — II. La théorie un instant soutenue par les tribunaux de première instance ne nous semble pas préférable à celle de la Cour suprême. Les arguments invoqués ne nous paraissent pas beaucoup plus puissants.

Pour décider que le droit à percevoir sur les cessions de constructions consenties par le locataire est le droit de 2 0/0 des cessions mobilières, les jugements ont mis en avant deux arguments principaux : il nous paraît facile de les réduire à leur juste valeur.

532. — 1^o Immeuble par voie d'accession à l'égard du propriétaire du sol, les constructions sont meubles à l'égard du constructeur.

Où se trouve écrit ce prétendu principe ? Quel est le texte qui le pose ? Est-il même un passage de nos lois qui le men-

(1) Sur ce système, V. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, t. VI, n^o 366 et s. ; FESSARD, Dictionn., V^o *Vente d'immeubles*, n^o 54 ; GARNIER, *Rep. gén.*, V^o *Constructions*, 5125-6 ; GUILLOUARD, *Contrat de Louage*, t. I^{er}, n^o 299 ; LAURENT, t. V, n^o 415 et s.

tionne, qui l'implique, qui lui donne le moindre appui ? Toutes les recherches dans ce sens seraient vaines. On essaie de le justifier par des arguments de haute spéculation juridique : « Les matériaux employés ne peuvent jamais perdre par rapport au constructeur leur caractère mobilier, parce que leur transmutation légale en immeuble n'est qu'une conséquence de leur incorporation au sol sur lequel il n'a aucun droit. » Le raisonnement est beau, mais il nous semble difficile à comprendre : nous avouons franchement ne pas l'avoir compris.

Le droit est le domaine du relatif : on l'a dit, et c'est souvent exact. Mais il ne faut pas pousser le relatif jusqu'à l'absurde. Il ne faut pas venir dire qu'une chose est à la fois meuble et immeuble : autant dire qu'une chose est et n'est pas. Nulle part, même en droit, on ne peut admettre qu'une chose soit son contraire, qu'un immeuble soit meuble.

Et d'ailleurs nous avons un texte de loi absolument clair et absolument général. Les bâtiments sont des immeubles par nature (art. 518). Ils le sont d'une manière absolue et à l'égard de tous.

533. — 2° Un second argument est celui que nous trouvons développé dans le jugement du tribunal de Belfort que nous avons reproduit. La disposition de l'article 518, dont on est bien forcé de tenir compte, a, dit-on, été écrite pour le cas le plus général, pour le *plerumque fit*. Elle s'explique par la présomption de perpétuelle incorporation des constructions au sol. Mais lorsqu'il est démontré que cette présomption n'est plus applicable en l'espèce, c'est appliquer sainement la pensée du législateur, c'est faire œuvre d'interprète intelligent, que de ne plus appliquer la règle. Lors donc que les constructions ne doivent avoir qu'une durée limitée lorsqu'elles sont menacées par le droit de démolition reconnu au pro-

priétaire du sol, ce ne sont pas des immeubles, ce sont des meubles.

Le raisonnement, cette fois peut se comprendre. C'est quelque chose : mais cela ne suffit pas. Il va directement à l'encontre d'un texte de loi aussi général qu'il est clair. L'article 518, d'ailleurs, n'est pas fondé, ainsi qu'on le prétend, sur la présomption de perpétuelle incorporation des constructions au sol. Il est fondé, avant tout, sur le caractère d'immobilité qui appartient aux constructions. Ce caractère leur appartient aussi bien lorsqu'elles ne sont que temporaires que lorsqu'elles sont perpétuelles. L'argument est donc aussi contraire à l'esprit qu'au texte du Code.

534. — III. A M. Garnier qui soutient, en précisant les arguments, mais sans en apporter de nouveaux, le système de la Cour de cassation, nous ne pouvons que répondre par les mêmes critiques :

Où puisez-vous ce « principe constant » qui veut que la quotité du droit d'enregistrement ne puisse être déterminé que par la nature et la qualité de la chose vendue au moment où la vente est effectuée ? Quel est le texte qui l'a formulé ? Quelle est la loi fiscale qui l'a proclamé ?

L'aliénation d'un immeuble est une cession immobilière : cela nous paraît certain, nous n'en disconvenons pas. Mais toute cession relative à un immeuble est-elle nécessairement la cession de la propriété de cet immeuble ? Ne peut-il y avoir place pour la cession d'un droit mobilier ? Et oseriez-vous prétendre que la cession d'un droit mobilier relatif à un immeuble est, pour l'administration de l'enregistrement, une cession immobilière ?

Il est curieux de voir un auteur confondre ainsi, mûrement, après réflexion, la chose et le droit, et, lorsqu'il est convaincu de cette confusion, essayer de la soutenir exacte et néces-

saire, en s'appuyant sur un principe qui n'est écrit nulle part et que rien ne justifie.

535. — Bien que le *Dictionnaire des Droits d'enregistrement* — rédigé par les Rédacteurs du *Journal de l'Enregistrement* — soutienne la théorie de la Cour de cassation, et par conséquent celle de M. Garnier, nous ne pouvons lui adresser les mêmes critiques.

La doctrine du Dictionnaire, nous le reconnaissons facilement, est parfaitement logique pour qui admet un système que nous avons repoussé en droit civil. Lorsque, avec MM. Aubry et Rau, on décide qu'au cas de constructions élevées par un locataire l'accession ne peut se produire immédiatement et se trouve retardée jusqu'à la fin du bail, il faut nécessairement que pendant le bail quelqu'un soit propriétaire des constructions : ce ne peut être que le preneur. Le locataire, propriétaire des constructions, en les cédant, cède des immeubles ; le droit d'enregistrement sera celui des mutations immobilières. C'est une manière très juridique de justifier la théorie de la Cour de cassation (1).

Mais si, avec nous, on s'en tient aux termes absolument formels de la loi (art. 551) et à l'étude juridique de l'accession, on reconnaît que l'accession n'est autre chose que l'incorporation des matériaux au sol. On est conduit à décider que, en principe et sauf convention contraire, la propriété des constructions appartient *ab initio* au propriétaire du sol. Repoussant le système fiscal qui en est l'application : il est impossible d'admettre la doctrine si logiquement déduite et si complète que nous trouvons exposée au Dictionnaire.

536. — M. Delvincourt d'abord, puis MM. Championnière et Rigaud soutiennent la théorie un instant appliquée par les

(1) Sur ce système de droit civil, V. *suprà*, Deuxième partie, nos 237 et s.

tribunaux inférieurs. Ils reproduisent, sous une forme plus juridique, l'argument principal que nous avons relevé dans les jugements. Mais, même sous cette forme, le raisonnement nous paraît difficile à comprendre.

Comment le constructeur peut-il rester propriétaire des matériaux alors que déjà, par l'accession, le maître du sol est devenu propriétaire de l'édifice? Il y aurait simultanément deux propriétaires d'une même chose, des mêmes matériaux : l'autre, le propriétaire du sol, en est le maître *ut res singulæ* ; l'autre, le propriétaire du sol, en est le maître *ut universitas*. Le droit absolu de propriété ne peut souffrir la coexistence d'un autre droit de propriété portant sur la même chose (1).

La théorie de MM. Championnière et Rigaud nous paraît parfaitement exacte sur un point. Lorsque, entre le preneur et le bailleur, il a été convenu que celui-ci conserverait les constructions moyennant indemnité, le droit du preneur est un simple droit de créance : il est créancier de cette indemnité.

537. — MM. Demolombe, Guillouard et Laurent soutiennent un système qui arrive, dans l'application, à des résultats à peu près identiques. Mais ils l'appuient sur des arguments tout autres, qui nous semblent renfermer une très large part de vérité. Leurs principes de droit civil sont en effet ceux que nous avons adoptés. Nous ne reprochons à ces auteurs qu'une inexacte application du tarif.

En posant en principe que le droit du locataire sur les constructions qu'il a élevées est un droit mobilier, ils ne commettent aucune erreur : nous avons déterminé la nature de ce droit, et nous l'avons reconnu personnel et mobilier.

(1) V. *suprà*, Deuxième partie, n° 148 IV.

Ils font encore selon nous, une juste application des règles du droit, lorsqu'ils font exception pour le cas de superficie, pensant qu'en ce cas le locataire est propriétaire des constructions qu'il a élevées, que ces constructions sont des immeubles et que par conséquent la cession qu'il en fait est une cession immobilière. Cela nous paraît parfaitement exact.

Mais ces auteurs ne vont pas assez loin dans leur spécification. Parmi les droits mobiliers, il y a lieu de distinguer : si sur les actes portant transmission de meubles en propriété l'impôt est de 2 0/0, sur les cessions de créance le droit est de 1 0/0. Le droit du locataire est-il mobilier comme propriété de meubles ou comme droit d'obligation ? Et puis la cession de ce droit a-t-elle toujours le même caractère, qu'elle soit faite au propriétaire du sol ou à un tiers ?

Autant d'importantes questions qui restent sans réponse.

538. — M. Gabriel Demante nous semble poser une distinction qui n'est pas parfaitement exacte, et où cependant il y a une part de vérité. Selon lui, il faut distinguer suivant que le locataire a ou non été autorisé à construire : cette autorisation lui confère la propriété des constructions qu'il élèvera ; elle équivaut à une constitution de superficie.

Nous pensons que c'est exagérer la portée d'une semblable clause. Sans doute, assez souvent, on pourra induire des termes d'un bail autorisant le preneur à construire qu'il y a eu constitution de superficie à son profit. Mais c'est là une pure question de fait. La règle posée en principe par M. Demante est inexacte. Nous allons voir en effet qu'aux termes de l'article 553 la présomption est la propriété du bailleur, et que ce n'est que par la preuve contraire que s'établit la superficie. L'autorisation de construire, seule, est insuffisante à fournir cette preuve : il faut d'autres circonstances de nature à établir que l'intention des parties a été de donner la

propriété des constructions au preneur. Notre règle est donc toute différente ; ce qui pour lui est le principe est à nos yeux l'exception.

En outre rien, dans l'ouvrage de M. Demante, n'indique la solution au cas où le bail est muet sur la question des constructions.

539. — Du système remarquablement enseigné par M. Binet à la Faculté de Nancy, nous dirons ce que nous avons déjà dit du même système soutenu par des arguments analogues dans le *Dictionnaire des droits d'Enregistrement*. Ce système apparaît comme parfaitement exact à qui suit la doctrine de MM. Aubry et Rau, à qui estime que, même dans le silence du bail, le preneur est *interim* propriétaire des constructions. Mais ce système ne peut être admis par qui, comme nous, pense que l'effet de l'accession ne peut se trouver différé lorsque rien au bail n'implique une renonciation au droit d'accession de la part du propriétaire.

540. — IV. Condamnant l'opinion de la Cour de cassation, même lorsqu'elle est exposée aussi juridiquement que dans le cours de notre professeur M. Binet, même lorsqu'elle est défendue par des arguments aussi sérieux que ceux du *Dictionnaire des droits d'Enregistrement*, nous ne pouvons évidemment pas l'admettre lorsque nous la voyons soutenir dans les solutions de l'Administration au moyen des arguments employés dans les arrêts de la Cour suprême, arguments dont nous avons montré le peu de portée.

Nous ne pouvons que regretter de voir l'Administration persister dans un système que nous ne craignons pas de déclarer anti-juridique. Il nous paraît difficile d'espérer qu'après une si longue application par la pratique et par la jurisprudence on en revienne à un système plus exact.

§ 3. — **Application des principes.**

541. — Les principes que nous avons dégagés en droit civil nous paraissent facilement applicables en droit fiscal. Mais dans cette matière, compliquée par le grand nombre des clauses qui peuvent se rencontrer dans les baux, il faut procéder avec méthode. Nous distinguerons deux ordres de cessions ou conventions :

- 1° Entre le preneur et un tiers.
- 2° Entre le preneur et le propriétaire du sol.

I° — *Conventions entre le preneur et un tiers.*

542. — Distinguons encore suivant l'époque où se produit la cession :

- A. Pendant le bail.
- B. A la fin du bail.

543. — A. Pendant le bail.

L'accession se produisant, ainsi que nous l'avons reconnu, au fur et à mesure de l'édification du bâtiment, lorsque rien n'est spécialement stipulé au bail, le droit du preneur sur les constructions qu'il a élevées s'analyse en un droit de jouissance pour la durée du bail restant à courir et une créance d'indemnité ou de matériaux pour la fin du bail.

La cession faite à un tiers s'analysera donc en une cession de jouissance et une cession de créance. Il y a cession de jouissance, ou sous-bail, puisque le preneur transmet à un tiers le droit qu'il tenait de son bail : de ce chef, l'Administration percevra le droit de 0 fr. 20 0/0 sur le prix cumulé des années restant à courir avant la fin du bail. Il y a, d'autre part, une cession de créance puisque, en cédant ses

droits sur les constructions, le preneur cède la créance alternative de somme d'argent ou de matériaux qu'il a contre le bailleur, créance à terme qui viendra à échéance à la fin du bail : il y a là ce que la loi fiscale nomme transport ou cession de créance à terme et frappe du droit proportionnel de 1 0/0.

544. — La Cour de cassation par une longue série d'arrêts contredit notre solution. Par une jurisprudence constante, elle applique à ces cessions le droit des mutations immobilières (1).

Les tribunaux ont appliqué le système de la Cour suprême dans toute sa rigueur. Même en désignant les constructions comme matériaux (ce qui dans l'esprit des parties indique évidemment la nature mobilière du droit cédé) on n'échappe pas à l'application du tarif immobilier. C'est ainsi que le droit de 5 fr. 50 0/0 a été perçu sur un acte contenant cession des *matériaux* et de matériel d'exploitation d'un lavoir, ainsi que du droit au bail du terrain où ce lavoir était situé, parce que, dit le jugement, il était démontré que des constructions considérables existaient et n'étaient pas vendues pour être démolies (2).

En ce cas, il y avait lieu, selon nous, de percevoir divers droits : 0 fr. 20 0/0 sur la cession de jouissance, 1 franc 0/0 sur la cession de créance dénommée cession de matériaux, 2 francs 0/0 sur la cession de matériel d'exploitation. Pour la répartition du prix entre ces divers éléments, on devait demander une évaluation à la partie déclarante.

(1) Cass., 26 juillet 1843, Sir., 1843. I. 805. Inst., 1710, § 7. — Cass., 3 juillet 1844, Sir., 1844. I. 682; Inst., 1732, § 13. — Cass., 1^{er} juillet 1845 (2 arrêts), Sir., 1845. I. 491; Inst., 1755, § 16. — Cass., 15 avril 1846 (2 arrêts), Sir., 1845. I. 396; Inst., 1762, § 13, 1^o et 2^o. — Cass., 5 janvier 1848, Sir., 1848. I. 197; Inst., 1814, § 14. — Cass., 19 avril 1869, Sir., 1869. I. 325; Inst., 2389 § 4.

(2) Trib. de la Seine, 28 mai 1851, J. E., 15213.

De même encore, c'est à tort que le tarif immobilier a été appliqué à un acte spécifiant très nettement que l'une des parties, ayant élevé des constructions sur un terrain communal, cède à l'acquéreur les droits qui peuvent résulter à son profit sur les bâtiments des dispositions de l'article 555 (1).

545. — Même en cours de bail, le preneur peut ne céder qu'un des deux éléments de son droit. La situation ne présente aucune difficulté.

S'il ne fait que céder son droit de jouissance, c'est un simple sous-bail, passible du droit de 0 fr. 20 0/0 sur les redevances cumulées des années restant à courir.

Il peut aussi, conservant la jouissance des constructions, ne céder que le droit à une indemnité ou à la reprise des matériaux. C'est une cession de créance.

546. — Une clause parfois insérée au bail et qui ne change rien au droit du preneur est la suivante : à la fin du bail, le bailleur conservera les constructions élevées par le preneur moyennant une indemnité à fixer à dire d'experts. Cette clause ne fait qu'exercer l'option offerte par la loi au bailleur, elle implique exercice de son droit d'accession et non renonciation.

Les règles que nous avons posées s'appliqueront.

La Cour de cassation a, dans ce cas encore, fait application du principe qu'elle admet. Elle a décidé que sur la cession faite par le preneur le droit à percevoir était celui de 5 fr. 50 0/0 (2).

547. — Une autre clause qui ne modifie pas davantage le droit du preneur est celle par laquelle le bailleur s'engage à conserver, à la fin du bail, les constructions élevées par le preneur moyennant une somme fixée d'avance.

(1) Trib. de Lyon, 12 mai 1861, J. E., 17321.

(2) Cass., 2 février 1842, Sir., 1842. I. 101, Inst. 1675, § 40.

Remarquons que cette clause facilite, au cas de cession, la liquidation du droit d'enregistrement : il n'est plus besoin d'évaluation estimative de la part du déclarant.

548. — Une clause qui, loin de conférer au preneur la propriété des constructions, diminue son droit, est celle d'après laquelle le preneur doit élever des constructions jusqu'à concurrence d'une certaine somme, construction que le bailleur conservera à la fin du bail sans avoir à payer aucune indemnité.

Cette clause fait que le droit du preneur sur ses constructions se réduit au seul droit de jouissance. En cédant les constructions à un tiers il ne fait qu'en céder la jouissance. Il y a lieu seulement à la perception du droit de 0 fr. 20 0/0 sur les redevances cumulées des années restant à courir, si la cession est faite moyennant une redevance annuelle, ou sur le prix si elle est faite moyennant une somme une fois payée.

En présence de cette clause la Cour de cassation, contrairement au principe que cette haute juridiction suit généralement, considère que le bailleur est devenu *ab initio* propriétaire des constructions et admet la solution que nous venons de donner (1).

549. — Si le bail contient de la part du propriétaire renonciation à son droit d'accession, le preneur est propriétaire des constructions, c'est un superficiaire. S'il le cède, il y a cession immobilière : elle donne ouverture au droit qui frappe les mutations immobilières, au droit de 5 fr. 50 0/0.

Ici nous ne pouvons que nous trouver d'accord avec les décisions de la jurisprudence.

Nous approuvons notamment les décisions suivantes :

(1) Cass., 2 juillet 1851, Sir., 1851. I. 535 ; Inst. 1900 § 12. — Trib. de la Seine, 13 janvier 1860, J. E., 17094. — Trib. de la Seine, 28 avril 1862, J. E., 17548.

Un concessionnaire cède les constructions qu'il a élevées sur un terrain dépendant du domaine maritime, alors qu'il est stipulé dans l'acte de concession que les constructions seront démolies à la première réquisition de l'autorité militaire ou à la fin de la concession. Le concessionnaire était donc un superficiaire. La cession qu'il faisait était bien une vente de bâtiments en propriété : le droit des mutations immobilières était dû (1).

Il a été jugé de même, avec raison, que le droit de 5 fr. 50 0/0 était exigible au cas de cession par le preneur, de bâtiments élevés par lui, alors qu'aux termes du bail ces bâtiments devaient être enlevés à la fin de la location (2).

Mais si ces arrêts donnent des solutions d'espèce exactes, c'est en partant du principe général que nous avons repoussé. Nous admettons leur décision, mais non les motifs.

Un arrêt exactement motivé est celui par lequel la Cour suprême a déclaré qu'il y avait de la part du propriétaire renonciation à accession au cas où il était stipulé que les bâtiments seraient enlevés à la fin du bail et que, pendant sa durée, ils demeureraient affectés hypothécairement à la garantie du paiement des loyers. C'est à bon droit que cet arrêt a décidé que la cession de ces bâtiments était passible du droit de 5 fr. 50 0/0 (3).

550. — Nous avons supposé tout d'abord — et c'est en effet ce qui arrive le plus souvent pendant la durée du bail — que le preneur cède simultanément les constructions et le droit au bail. Et nous avons dit qu'il y avait deux droits distincts à percevoir.

Dans le système de la Cour de cassation, une cession de

(1) Cass., 18 novembre 1835, Sir., 1835. I. 907. — Inst. 1513 § 7.

(2) Cass., 26 août 1844, Sir., 1844. I. 708. — Inst. 1732 § 14.

(3) Cass., 7 avril 1862, Sir. 1862. I. 459.

ce genre est une cession cumulative de meubles et d'immeubles. Si un seul prix est stipulé, il y a lieu de percevoir 5 fr. 50 0/0 sur la totalité de ce prix.

Mais selon nous, il faut distinguer. Au cas où il y a eu renonciation à l'accession de la part du propriétaire du sol, plus simplement au cas de superficie, le droit de 5 fr. 50 est perçu sur l'ensemble du prix, sur la cession du bail comme sur la valeur des constructions. Au cas normal, au contraire, il n'y a pas cession d'immeubles : l'article 9 de la loi du 22 frimaire ne peut plus s'appliquer. Si donc un seul prix est stipulé pour les constructions et pour le sous-bail, il y a lieu de demander à la partie déclarante une évaluation répartissant le prix sur les divers droits cédés.

551. — De même, il n'est pas rare, que la convention qui contient cession des constructions contienne aussi une vente de meubles : matériel d'exploitation, meubles garnissant la maison, etc. S'il n'a pas été stipulé deux prix distincts, il y a lieu, d'après la Cour de cassation, de percevoir sur la totalité du prix le droit des mutations immobilières.

Ici encore nous distinguerons. Si rien au bail primitif n'impliquait renonciation à l'accession de la part du propriétaire du sol, la règle exorbitante de l'article 9 ne trouve plus application ; il n'y a pas de cession d'immeubles : il faudra donc demander aux parties une déclaration estimative au pied de l'acte. Sur une part du prix on percevra 0 fr. 20 0/0 comme impôt du sous-bail, sur une autre part 1 franc 0/0 comme droit de cession de créance, sur la troisième enfin le droit de 2 francs 0/0 des ventes mobilières. Au cas de superficie, nous admettons la doctrine de la Cour de cassation, 5 fr. 50 0/0 seront exigibles sur la totalité du prix.

C'est cette dernière hypothèse qui se présentait dans l'es-pèce où a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation du 26 août

1844 (1) : nous admettons donc cette décision particulière. Mais nous considérons comme mal rendu l'arrêt qui a déclaré valable la perception du droit de 5 fr. 50 0/0 opérée sur le prix d'une adjudication comprenant le droit au bail, l'usine élevée par le preneur, la clientèle et le matériel, alors que rien ne permettait d'affirmer qu'il y avait eu constitution de superficie : il n'y avait pas là vente cumulative de meubles et d'immeubles (2).

De même encore, la Cour de cassation a fait une application des principes constamment admis par elle dans l'espèce suivante. L'acte de cession contenait d'une part cession du bail pour un prix déterminé (obligation de payer les loyers à la décharge du preneur cédant), et, d'autre part, cession pour un seul prix des constructions et du matériel d'exploitation. La Cour a décidé qu'il fallait percevoir sur le prix du sous-bail 0 fr. 20 0/0, et sur l'autre prix 5 fr. 50 0/0.

Pour nous, qui n'admettons pas qu'il y ait eu là cession immobilière, nous approuvons cette décision en ce qui concerne le droit à percevoir sur le prix du sous-bail, mais nous pensons que pour la cession des constructions et du matériel d'exploitation, il fallait demander à la partie déclarante de faire au pied de l'acte une déclaration répartissant le prix en deux valeurs distinctes à imposer de 1 0/0 et de 2 0/0 (3).

§52. — B. A la fin du bail.

Pour déterminer exactement la nature du droit du preneur à la fin du bail, il faut distinguer suivant que le bailleur a ou non exercé l'option que nous lui avons reconnue par application de l'article §55.

(1) Cit. *supra*.

(2) Cass., 15 avril 1846, Sir. 1846. I. 396.

(3) V. aussi trib. du Havre. 25 février 1864, J. E., 17861, et Cass., 19 février 1873, Sir., 1873. I. 137.

Tant que le bailleur n'a pas encore opté, le droit du preneur demeure une créance alternative de somme d'argent ou de matériaux sur la cession qu'il en fait, il y aura lieu de percevoir le droit de 1 0/0.

A la suite de l'option exercée par le bailleur, de deux choses l'une :

Ou bien le bailleur exige la démolition. Cette décision de la part du propriétaire du sol confère au preneur la propriété des constructions. La cession qu'il peut faire sera la vente d'un bâtiment à démolir, une vente de matériaux, passible du droit des mutations mobilières, 2 0/0.

Ou bien le bailleur a déclaré conserver les constructions et est convenu de l'indemnité à payer. Le droit du preneur est un droit de créance, dont la cession sera assujettie à l'impôt de 1 0/0.

553. — L'existence de clauses particulières insérées au bail ne modifie pas ces règles.

Si les constructions doivent demeurer sans indemnité la propriété du bailleur, le preneur n'a plus rien à céder.

Si le preneur était propriétaire des constructions, à la fin du bail son droit de propriété cesse. Ou bien il doit enlever les matériaux, et la cession qu'il fera sera une vente de matériaux. Ou bien le propriétaire du sol a conservé son droit d'option et les règles posées plus haut s'appliquent sans difficulté.

II. — *Conventions entre le preneur et le propriétaire.*

554. — Pour l'étude de ces conventions, il y a lieu de distinguer suivant qu'elles sont passées :

- 1^o Lors du bail,
- 2^o Pendant le bail,
- 3^o En fin de bail,

555. — A. Lors du bail. — Lorsque le preneur prend dans le bail des engagements relativement à des constructions qu'il pourra ou devra élever sur le fonds loué, il y a lieu, au point de vue du droit d'enregistrement à percevoir, de déterminer exactement le caractère juridique de la clause.

On peut, en effet, y voir, suivant les cas, un simple renvoi aux dispositions de la loi, une charge du bail, c'est-à-dire un complément de loyer, un marché pour constructions, un règlement d'indemnité. Et, suivant que l'un ou l'autre de ces caractères aura été reconnu à la clause, l'administration n'aura rien à percevoir, ou bien percevra 0,20 0/0, 1 0/0 ou 0,50 0/0.

556. — Si la clause insérée au bail ne contient rien de dérogatoire au droit commun, aux règles de l'article 555 notamment, si les constructions par conséquent doivent devenir immédiatement la propriété du bailleur et qu'à la fin du bail subsiste pour celui-ci l'option entre leur démolition et leur conservation moyennant indemnité, ou même si le bail ne fait que conférer au preneur un droit de propriété sur des constructions à élever, aucun droit proportionnel ou fixe ne peut être perçu en sus du droit de bail.

Il ne peut être question du droit de marché, car pour qu'il y eût marché il faudrait que le preneur prit l'engagement d'élever des constructions pour le compte du propriétaire.

Il en est ainsi notamment lorsque l'acte de bail donne au preneur la faculté de construire sans lui en imposer l'obligation, et que le bailleur doit, au cas où le preneur construirait, conserver ces constructions moyennant une indemnité déterminée. Cette indemnité en effet n'est due que sous condition suspensive, elle ne peut nous donner lieu à perception.

Nous trouvons cette application dans une solution du 7 février 1869 que nous croyons devoir citer :

« La convention étant subordonnée à une condition suspensive et à un événement futur et incertain (celui de la construction) le droit proportionnel de 1 0/0 auquel elle a été assujettie en dehors du droit de bail, a été exigé à tort (marché pour constructions). — D'un autre côté, si elle constituait un marché pour constructions, elle serait, comme acte de commerce sous-seing privé, dispensée du droit proportionnel, en vertu de l'article 22 de la loi du 11 juin 1859 et par application de l'arrêt de cassation du 5 juin 1867 (Sir., 1867,1,336) ».

Nous nous permettons d'ajouter qu'il ne pouvait être en aucune façon question de marché pour constructions. Si la clause en question pouvait donner ouverture à un droit, ce serait celui des règlements d'indemnité (0 fr. 50 0/0), droit qui ne deviendrait exigible qu'à la réalisation de la condition.

557. — Si le preneur s'oblige à élever des constructions qui, à la fin du bail, demeureront la propriété du bailleur sans que celui-ci ait à payer au constructeur aucune indemnité, l'obligation que souscrit le preneur n'est passible d'aucun droit particulier. Elle doit être considérée comme une charge du bail. La valeur de cette charge — telle qu'elle est fixée par les termes du bail ou ainsi qu'elle est évaluée par la déclaration des parties — doit être ajoutée à la somme des loyers pour la perception du droit de 0 fr. 20 0/0 (1).

558. — On pourrait, d'après les circonstances, être amené à considérer l'obligation de construire comme constituant

(1) G. DEMANTE, t. 1^{er}, n° 357, — GARNIER, *Rép. gén.*, V° *Constructions*, n° 5183 et s. — DICTIONNAIRE *des droits d'enregistrement*, V° *Constructions*, n° 121 et s.

Délibération du 21 mars 1833 (*Recueil de Rolland.*, n° 4002). — Délibération du 14 mars 1834, J. E., 10878. — Trib. de la Seine, 14 juillet 1853, J. E., 15703.

l'objet principal de l'acte et le louage comme accessoire seulement. En pareil cas on traiterait la convention, non plus comme un bail, mais comme un marché pour constructions. On lui appliquerait le droit de 1 0/0.

559. — Lorsqu'il est stipulé au bail que le preneur élèvera sur le fonds loué des constructions dont le bailleur lui remboursera le prix, on peut considérer qu'il y a dans l'acte deux conventions distinctes. L'une est un bail sur lequel l'Administration sera fondée à percevoir 0 fr. 20 0/0, l'autre un marché pour constructions atteint du droit de 1 franc 0/0 (1).

560. — L'hypothèse suivante s'est présentée :

Il avait été stipulé au bail qu'il serait élevé par le locataire, sur le terrain loué et au moyen de fonds fournis par le bailleur, des constructions déterminées par celui-ci, sur ses plans, et qu'à l'expiration du bail ces constructions demeureraient la propriété du bailleur, d'après estimation comme constructions et non comme matériaux. Au cours du bail est intervenu un acte par lequel les parties fixaient la valeur de ces constructions, dont le locataire déclarait avoir été rempli antérieurement.

Le Tribunal de la Seine a déclaré que ce dernier acte donnait lieu à la perception du droit de marché (2).

Il nous semble que cette décision ne doit pas être approuvée. S'il y avait réellement marché, c'est au bail qu'en était dressé l'acte, et c'est lors de l'enregistrement du bail qu'on devait percevoir le droit de marché. Quant à l'acte fait au cours du bail, c'était un règlement d'indemnité ou une quittance : on ne pouvait percevoir que le droit de 0 fr. 50 0/0.

(1) Trib. de la Seine, 4 juin 1856, *Contrôleur*, 10976.

V. aussi DICT. des Droits d'enreg., V^e *Constructions*, nos 152-154. — Délégation du 19 octobre 1827.

Cprz Trib. de la Seine, 6 décembre 1878, *Contrôleur*, 16039,

(2) Trib. Seine, 4 juin 1856, cit. *supra*. — V. aussi Trib. de Lavaur, 4 avril 1850.

561. — B. Pendant le bail. — Si pendant le bail le preneur cède au bailleur les constructions qu'il a élevées, nous déciderons, à l'encontre de la jurisprudence, qu'il n'y a là qu'une cession de jouissance et un règlement d'indemnité : une cession de jouissance pour le temps qui restait à courir jusqu'à la fin du bail, un règlement d'indemnité déterminant la somme moyennant laquelle le bailleur demeure propriétaire des constructions. 0 fr. 20 0/0 sur la cession de jouissance, et 0 fr. 50 0/0 sur les règlements d'indemnité, telle est la solution juridique au cas où rien n'a été stipulé au bail relativement aux constructions comme au cas où les clauses du bail ne dérogent en rien aux dispositions du Code.

Nous repoussons donc comme mal rendu un jugement du tribunal de Péronne qui frappe une cession de ce genre du droit de 5 fr. 50 0/0 (1).

562. — La cession faite par le preneur à un tiers qui se rend par le même acte acquéreur des droits du propriétaire du sol, nous paraît de même n'être passible que des deux droits de 0 fr. 20 pour la rétrocession du bail et de 0 fr. 50 0/0 sur la partie du prix représentant l'indemnité due pour les constructions. En effet, par la convention passée entre l'acquéreur et les propriétaires du sol, la propriété des constructions avait été déjà transférée au premier.

C'est donc à tort, selon nous, que le Tribunal de la Seine a déclaré le droit de 5 fr. 50 0/0 exigible en pareil cas (2).

563. — L'administration et la jurisprudence, appliquant toujours les mêmes principes, ont donné la même décision encore, bien que la maison cédée par le preneur soit désignée comme étant en construction.

(1) Trib. de Péronne, 3 juillet 1838, J. E., 42106. — *Adde*, Trib. de la Seine, 4 janvier 1838, J. E., 41952.

(2) Trib. de la Seine, 25 mars 1835, J. E., 41330-2°.

Nous reconnaitrons volontiers qu'on ne peut assimiler une maison en construction à des matériaux assemblés pour construire et qui ne sont que meubles. Mais on n'avait pas à hésiter — ainsi qu'on semblait le croire — entre le droit de vente immobilière et le droit de vente mobilière : on ne peut pas vendre à un propriétaire sa propre chose. On n'avait qu'à considérer l'acte comme contenant rétrocession de bail et règlement d'indemnité (1).

564. — Un jugement du tribunal de la Seine du 21 avril 1865 (2) a décidé que, lorsqu'il a été stipulé dans le bail que le preneur aurait le droit d'élever des constructions avec faculté pour le bailleur de les conserver en en payant le prix sur estimation ou de les faire enlever, l'acte de prorogation consenti par le bailleur à la condition que les constructions lui appartiendront sans indemnité à l'expiration de la jouissance du preneur, opère le droit de vente immobilière : l'acte, dit le jugement, ayant en effet pour résultat de transférer au bailleur la propriété de constructions appartenant antérieurement au preneur.

Cette décision se comprend lorsqu'on pense que le preneur est propriétaire des constructions qu'il élève. Mais, dans l'espèce, si on se conforme au système que nous avons admis, le bailleur était propriétaire du bâtiment *ab initio* : il n'y a donc pas eu de mutation. Nous ne voyons donc dans l'acte de renouvellement du bail qu'un nouveau bail : à la somme des loyers payables annuellement, il convenait d'ajouter, pour la perception du droit de 0 fr. 20 0/0, la valeur des constructions déterminée par une déclaration estimative à demander aux parties.

(1) V. délibération des 30 mars-7 avril 1838, J. E., 12030-1 ; Trib. de Reims, 4 mai 1844, J. E., 13513-4 ; Trib. de la Seine, 13 janvier 1860, J. E., 17094.

(2) *Rép. pér.*, de Garnier, 2116.

565. — Lorsqu'il a été stipulé au bail que les constructions que le preneur élèverait demeureraient sans indemnité la propriété du bailleur, l'acte par lequel, au cours du bail, les constructions sont cédées au bailleur ne constitue qu'une cession de jouissance. On percevra sur le prix stipulé le droit de 0 fr. 20 0/0.

La Cour de cassation a admis cette solution dans un arrêt du 2 juillet 1851 (1).

566. — La solution généralement admise par la jurisprudence, c'est-à-dire l'application du droit de 5 fr. 50 0/0 aux cessions faites au propriétaire pendant le bail, devient exacte lorsque le preneur est propriétaire des constructions, c'est-à-dire lorsque le bail contenait à son profit constitution de superficie, renonciation à l'accession de la part du propriétaire.

567. — C. En fin de bail. — Ce que nous avons dit plus haut des conventions qui interviennent entre le propriétaire et le possesseur s'applique aux conventions qui, à la fin du bail, déterminent l'indemnité que le bailleur doit au preneur lorsqu'il conserve les constructions. Nous n'avons pas à exposer de nouveau la controverse qui s'est élevée à ce sujet, ni à reproduire les arguments par lesquels nous avons justifié l'application en cette circonstance du droit de 0 fr. 50 0/0 (2).

Même dans le système qui retarde l'effet de l'accession jusqu'à la fin du bail, c'est en vertu de la loi que le propriétaire du sol devient propriétaire des constructions, et la convention passée à cette époque entre le bailleur et le preneur est un règlement d'indemnité.

(1) Sir., 1851. I. 535.

Adde, trib. de la Seine, 13 janvier 1868, J. E., 17094.

(2) V. *supra*, nos 504 et s.

Tel est le principe (2).

568. — Il en est autrement lorsque le propriétaire ayant renoncé au droit d'accession, ayant conféré au preneur la propriété des constructions, s'entend cependant à la fin du bail avec son locataire pour que celui-ci lui laisse les constructions moyennant une somme d'argent. Il y a ici une véritable vente. Le mot *indemnité* qui pourra être employé dans l'acte pour désigner cette somme, ne change pas la nature, le caractère de la convention ; il y a un transfert de propriété de la tête du preneur à celle du bailleur, transfert qui est le résultat, non d'une disposition légale, mais d'un acte volontaire des parties.

Mais il y a lieu de demander si c'est une cession immobilière ou une cession mobilière. Ce que le superficiaire cède à la fin du bail au propriétaire foncier, est-ce une construction considérée comme telle, comme immeuble, ou seulement les matériaux qu'il devait enlever ?

569. — L'Administration a fait en ce cas application du droit de 5 fr. 50 0/0.

Le preneur avait, d'après le bail, la faculté d'abandonner les constructions au bailleur en paiement des loyers qui pourraient être dus ou de les enlever. En lui accordant cette faculté le bailleur avait implicitement renoncé au bénéfice du droit d'accession : le preneur se trouvait en effet propriétaire absolu des constructions, il pouvait les laisser subsister, il pouvait les démolir. Le bailleur, dit-on, n'a pu les avoir qu'à titre d'acquéreur, il y a donc eu mutation immobilière et le fisc devait percevoir le droit de 5 fr. 50 0/0 (1).

(1) Solution du 23 novembre 1830, cit. *supra*. — Trib. de Compiègne, 20 mai 1869, Sir., 1871. II. 103. — Trib. de Lyon, 7 juillet 1870, *Rép. gén.* de Garnier, 3481.

(2) Solution du 21 octobre 1872.

Application de la même théorie a été faite par la jurisprudence. Il y aurait lieu de percevoir ce même droit sur la valeur des constructions élevées par un preneur, mises en vente publique simultanément avec le fonds et adjugées au propriétaire du sol, lorsqu'il résulte, tant des stipulations du bail que des agissements des parties que le propriétaire a renoncé à son droit d'accession (1).

570. — Nous avons des doutes sérieux sur l'exactitude de cette décision.

Est-il bien vrai que ce qui appartient alors au superficiaire constitue des immeubles ? Ne serait-il pas plus exact de dire que ce sont seulement des matériaux ?

Nous trouvons cette dernière opinion soutenue par M. Cuënot (2) :

« Il est inexact de soutenir que la propriété du locataire est irrévocable, incommutable, tandis qu'elle est temporaire et précaire, et disparaît en même temps que cesse la jouissance. Ce qui seul est incommutable, c'est le droit du constructeur sur les matériaux ; la convention intervenant à l'expiration du bail, n'a pas pour objet de transmettre au bailleur une propriété immobilière qui est sur le point de prendre fin, son seul but est de régler l'indemnité dont le locateur se reconnaît débiteur à raison du maintien sur le sol des matériaux. Les bâtiments, en tant qu'immeubles, deviennent la chose du bailleur, en vertu du droit d'accession suspendu, écarté pendant la durée du bail ; il les acquiert *ex jure proprio* et sans devenir à aucun titre l'ayant cause du preneur dont tous les pouvoirs cessent. C'est par l'effet de la volonté du preneur que les matériaux restent sur le sol, c'est par l'effet de la loi

(1) Trib. de la Seine, 12 décembre 1874, Dall., 1876. I. 240. — Trib. de la Seine, 15 juillet 1887 et 15 janvier 1892.

(2) P. 232.

que le bailleur devient propriétaire des constructions dans leur nature immobilière. Aussi suis-je d'avis qu'il y aurait lieu de percevoir simplement le droit de vente mobilière de 2 0/0. »

Les termes employés ne sont peut-être pas toujours parfaitement exacts, mais le raisonnement nous paraît juste. A la fin du bail le droit immobilier du locataire cesse : il n'a plus la propriété des constructions, il n'a plus que celle des matériaux qu'il doit enlever. Il ne peut donc céder qu'une propriété mobilière. Je crois qu'ici la perception du droit de 2 0/0 est seul légitime.

§ 4. — Des cessions faites par le bailleur.

571. — L'administration, qui frappe généralement du droit de 5 fr. 50 0/0 les cessions de constructions faites par le preneur, n'hésite pas à frapper encore du même droit les cessions faites par le bailleur. Cela paraît quelque peu illogique. Cependant la régie essaie de justifier cette solution en disant que, s'il est vrai que le preneur est propriétaire des constructions pendant le bail, le bailleur a une action pour les obtenir à la fin du bail : cette action tendant à obtenir un immeuble est immobilière, et sa cession est une cession immobilière. D'ailleurs, — ajoute l'Administration, qui cesse d'invoquer les principes spéciaux de l'enregistrement et applique volontiers la loi civile lorsque celle-ci est favorable à ses prétentions, — l'article 553 donne lieu de supposer que les constructions sont la propriété du propriétaire du fonds : on doit toujours considérer cette présomption comme conforme

à la réalité, c'est au preneur à démontrer le contraire, s'il y a lieu (1).

De cette théorie on a même tiré cette conséquence qu'en cas d'expertise provoquée en vertu de l'article 17 de la loi du 22 frimaire an VII, l'estimation doit comprendre et le sol et les constructions (2).

572. — Pour nous qui n'avons jamais cessé d'appliquer les principes du droit civil, la solution donnée par l'administration est parfaitement exacte : c'est la conséquence de la théorie même de l'accession et de la présomption de l'article 553.

En principe, les constructions sont comprises dans l'aliénation du sol. Il n'en est autrement que si l'on établit, le plus souvent ce sera par la production du bail constitutif de superficie, que la propriété des bâtiments est au locataire.

Appendice I. — De l'emphytéote.

573. — Pour nous qui ne pensons pas que, dans notre droit actuel, le bail emphytéotique confère au preneur un droit réel, l'emphytéose n'est autre chose qu'un bail à long terme, et toutes les solutions que nous venons de donner relativement aux constructions élevées par le locataire doivent s'appliquer sans difficulté aux bâtiments œuvre de l'emphytéote.

Pour ceux qui pensent que, dans notre droit, l'emphytéose existe comme droit réel *sui generis*, il faudra considérer toutes les cessions faites par l'emphytéote à un tiers ou au propriétaire comme des cessions immobilières auxquelles s'appliquera le droit des mutations immobilières.

(1) Solution du 23 mai 1853, *Rép. gén.* de Garnier, 3606.

Trib. de la Seine, 10 janvier 1839, J. E., 12220. — Trib. de la Seine, 13 janvier 1860, J. E., 1794. — Trib. d'Ypres (Belgique), 24 juin 1870, *Rép. gén.* de Garnier, 3606.

(2) Trib. de Lille, 1^{er} juin 1837, J. E., 12100. — Trib. de la Seine, 22 novembre 1838, J. E., 12201. — Trib. de la Seine, 17 décembre 1838, J. E., 12227.

L'emphytéose est d'ailleurs très rare dans la pratique, et nous pensons qu'en cette matière toute pratique des droits d'enregistrement, il est inutile d'insister.

Appendice II. — Du superficiaire perpétuel.

574. — Nous avons constamment supposé dans la section précédente que la constitution de superficie était insérée dans un bail, et par conséquent que ce droit était temporaire. Mais la superficie peut être perpétuelle : au cas de cession d'un semblable droit, *quid* ?

La constitution d'un droit de superficie sur des bâtiments déjà existants constitue non un bail, mais une vente d'immeubles, soumise à la transcription, sujette au droit des mutations immobilières. Cette hypothèse ne rentre pas dans le cadre de ce travail.

Au cas de constitution d'un droit de superficie sur des bâtiments à élever par le superficiaire, nous ne pensons pas que l'acte soit assujetti à la transcription ni au droit de 5 fr. 50 0/0.

Mais ce droit est certainement exigible sur les cessions que, les constructions une fois élevées, le superficiaire ferait soit au propriétaire foncier, soit à un tiers.

Appendice III. — Du bail à domaine congéable

575. — Le colon ou domanier est, nous l'avons vu, propriétaire des édifices et superficies : la cession qu'il consent à un tiers est donc une mutation immobilière, donnant ouverture au droit de 5 fr. 50 0/0 (1).

Mais, aux termes mêmes de l'article 9 de la loi du 6 août 1791, les superficies sont meubles vis-à-vis du propriétaire

(1) Cass., 19 novembre 1826, J. E., 8588.

foncier. Il en résulte qu'il est dû seulement le droit de 2 0/0 sur la somme que le propriétaire paie au domanier lors du congément comme prix des superficies qu'il a créés (1).

SECTION III. — Emprunteur à usage ou commodataire.

576. — Nous passerons très rapidement sur cette situation tout à fait exceptionnelle, dont la jurisprudence n'offre aucun exemple.

Il ne peut être question de cession de constructions faites par le commodataire à un tiers pendant la durée du prêt. C'est une des conséquences du caractère de bienfaisance personnelle qui est de l'essence du prêt à usage, que le commodataire ne peut ni donner à bail la chose prêtée, ni céder son droit.

Il ne pourrait être question de cession qu'à la fin du commodat. Si le prêteur n'a pas encore opté, ce serait une cession de créance alternative d'argent ou de matériaux. Si le prêteur a usé du droit d'option que nous lui avons reconnu, la cession sera : ou bien une cession de créance pure et simple, au cas où il conserve les constructions, ou bien une vente de constructions à démolir, une vente de matériaux, s'il exige l'enlèvement des bâtiments.

Les conventions relatives aux constructions intervenues entre le prêteur et le commodataire ont le caractère de règlements d'indemnité : à leur enregistrement, il y aura lieu de percevoir le droit de 0 fr. 50 0/0 seulement.

577. — Remarquons qu'il n'y aurait rien de juridiquement

(1) GARNIER, *Rep. gén.*, V° *Bail à domaine congéable*, n° 2939. — Décision min. du 6 mars 1827 (*Dict. du notariat*, t. IV, p. 765, n° 64). — Solut. du 29 décembre 1873 (Garnier, *Rep. gén.*, *loc. cit.*).

impossible à ce qu'un contrat de prêt à usage d'un immeuble renfermât une clause conférant à l'emprunteur un droit de superficie sur les constructions qu'il pourrait élever.

La conséquence serait que la cession de ce droit au propriétaire pendant la durée du prêt serait une cession immobilière, passible du droit de 5 fr. 50 0/0. Que si, à la fin du prêt, le prêteur s'entendait avec l'emprunteur pour que celui-ci lui laissât les constructions, il y aurait, suivant l'opinion de l'Administration relativement au locataire, cession immobilière donnant ouverture au droit de mutation immobilière ; ce ne serait, suivant nous, qu'une vente de matériaux soumise au droit de 2 0/0.

SECTION IV. — Antichrésiste.

578. — Il est facile d'appliquer le tarif fiscal aux conventions que peut consentir l'antichrésiste relativement aux constructions qu'il a élevées sur le fonds possédé à ce titre :

S'il cède son droit d'antichrèse, cette cession est frappée, comme la constitution, du droit de 2 0/0 qui atteint les engagements d'immeubles (L. fr., art. 69, § 5, n° 5).

S'il cède seulement le droit qu'il a sur les constructions, voici les solutions qui s'imposent :

La cession à un tiers pendant la durée de l'antichrèse est la cession d'une créance alternative de matériaux ou d'une somme d'argent.

La cession à un tiers, mais à la fin de l'antichrèse, après que le propriétaire a exercé le choix que nous lui avons reconnu, constitue ou bien une cession de créance (1 0/0), s'il a déclaré conserver les constructions, ou bien une vente de matériaux (2 0/0) s'il a demandé leur démolition.

Une convention avec le propriétaire est généralement un règlement d'indemnité (0 fr. 50 0/0).

SECTION V. — **Usufruitier.**

579. — Nous avons vu que l'usufruitier a sur les constructions qu'il élève le même droit que sur le fonds, c'est-à-dire un droit réel immobilier. Les cessions d'usufruit comme celles de pleine propriété sont en principe soumises au droit de 5 fr. 50 0/0.

Si la cession est faite à un tiers, l'application de ce principe ne souffre aucune difficulté : l'impôt des mutations immobilières sera perçu sur le prix entier de la cession, comprenant par conséquent le prix de l'usufruit des constructions comme celui de l'usufruit du fonds.

580. — Lorsque c'est par un acte volontaire de l'usufruitier que l'usufruit se réunit à la propriété, il y a lieu de distinguer, en ce qui concerne le droit à percevoir, suivant le caractère qu'il faut reconnaître à cet acte, suivant qu'il a transmission ou seulement renonciation abdicative. C'est d'ailleurs une question de fait à apprécier d'après les termes employés dans l'acte.

S'il y a cession de l'usufruit de l'usufruitier au nu propriétaire, il y a lieu en principe à la perception du droit des mutations immobilières, 5 fr. 50 0/0, tant sur la partie du prix représentant les constructions que sur celle qui équivaut à l'usufruit du fonds primitif.

Il en est autrement lorsque l'usufruit s'est trouvé constitué par une vente avec réserve d'usufruit. Il n'y a lieu alors de percevoir que le droit fixe de 4 fr. 50 (1). L'acquéreur en effet

(1) L. 18 avril 1816, art. 44, n° 4 et L. 20 fév. 1872, art. 4.

a déjà payé par anticipation le droit sur l'usufruit. Si, par exemple, il a acquis précédemment la nu-propriété pour 10.000 francs, on a liquidé le droit de 15.000 francs, évaluant au point de vue fiscal l'espoir de l'extinction de l'usufruit à moitié de la valeur de la nu-propriété. [Cette évaluation, non seulement quant à sa quotité, mais surtout quant à son principe, est très critiquable]. Mais, lorsque l'usufruitier a construit, la valeur de cet usufruit a augmenté : il est donc très probable que le nu-propriétaire l'achètera à l'usufruitier pour une somme supérieure aux 5.000 francs, pour continuer l'exemple, aux 5.000 francs sur lesquels le droit d'enregistrement a déjà été perçu : le prix pourra s'élever à 8.000 francs. Il y aura lieu alors à la perception du droit proportionnel sur la partie du prix qui n'a pas été encore taxée, soit au cas tiparculier $8.000 - 5.000 = 3.000$ francs.

Il est inutile de dire que si, à l'inverse, le prix de la cession était inférieur à la valeur sur laquelle le droit a déjà été perçu, l'Administration ne rendrait rien ; elle percevrait seulement le droit fixe.

S'il y a simplement renonciation abdicative de l'usufruitier, c'est de plein droit que le nu propriétaire devient plein propriétaire des constructions comme du sol. Il y a là une acquisition légale qui ne peut donner ouverture à aucun droit proportionnel. L'acte de renonciation se trouvera seulement frappé du droit fixe de 3 fr. 50 (1).

581. — A la fin de l'usufruit, le droit de l'usufruitier n'est plus — suivant l'option du propriétaire — qu'un droit de créance ou la propriété des matériaux : la cession sera, suivant le cas, taxée à 1 0/0 ou à 2 0/0.

A la même époque, une cession faite au propriétaire ou

(1) L. fr., art. 68, § 1, n° 1, et L., 18 mai 1850, art. 8.

plus généralement une convention avec lui, prend le caractère d'un règlement d'indemnité, sur lequel on percevra 0 fr. 50 0/0.

Application a été faite de cette dernière règle. Au décès de l'usufruitier, il avait été convenu entre ses héritiers que l'un d'eux, propriétaire du sol, paierait aux autres une certaine somme pour leur part dans la valeur des constructions. Il a été décidé avec raison que le droit d'indemnité seul était dû (1).

SECTION VI. — Mandataire.

581. — La situation nous paraît simple à régler.

Le droit du mandataire ou du gérant d'affaires se résume en une créance contre son mandant; la cession qu'il fait de son droit à un tiers est donc une cession de créance: l'Administration percevra 4 0/0.

Les conventions entre mandataire ou gérant d'affaires, d'une part, et mandant ou maître, d'autre part, ont pour but de déterminer le montant de l'indemnité due par ceux-ci à ceux-là: le droit qui les atteint est donc celui de 0 fr. 50 0/0.

SECTION VII. — Copropriétaire.

582. — Lorsque l'un des communistes ou l'un des associés a construit sur le fonds commun sans l'autorisation des autres communistes ou de ses associés, la construction s'incorpore à l'immeuble, devient la propriété de tous. Lors donc

(1) J. E., 13758-8.

que l'un des copropriétaires vend sa part à un autre copropriétaire ou à un tiers, on ne peut essayer de prétendre que le cessionnaire n'a pas à payer les droits de mutation sur les constructions sous le prétexte que c'est sans la volonté du cédant ou peut-être contre son gré que la construction a été élevée. Le droit de mutation est dû sur la valeur entière de l'immeuble à l'époque de la cession : toutes les constructions alors existantes font partie de cette valeur.

Par conséquent, si une cession de cette espèce était faite moyennant un prix dans lequel n'entrerait pas la valeur des constructions, il y aurait lieu pour l'Administration de demander une expertise. Ainsi l'a décidé, au cas particulier de constructions élevées par un communiste, un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1837 (1).

583. — C'est encore en vertu de ce même principe que, lorsque dans une licitation les parties déclarent qu'il existe sur le terrain des constructions élevées par le colicitant adjudicataire, la valeur de ces constructions n'ayant pas été comprise dans le prix d'adjudication, le receveur est fondé à exiger l'évaluation de ces constructions pour en ajouter le montant au prix dans le calcul de l'impôt (2).

SECTION VIII. — **Propriétaire sous condition résolutoire.**

584. — Nous ne pouvons reprendre ici les quinze cas de condition résolutoire ou de révocation que nous avons relevés dans notre étude de droit civil. Un nouvel examen de cette longue énumération présenterait peu d'intérêt. Nous nous bornerons à poser les principes qui nous paraissent

(1) Sir., 1837, I, 698. — Inst. 1630, § 8. — J. E., 11.832.

(2) Trib. d'Arras, 3 novembre 1844, J. E., 13681.

exacts, et à en signaler quelques applications importantes prises dans la jurisprudence.

585. — Les cessions faites à un tiers *pendente conditione* ou après défaillance de la condition ne présentent aucune difficulté, elles seront atteintes par le droit de 5 fr. 50 0/0.

Une fois la condition défaillie, le droit de l'expropriétaire à l'occasion des constructions est, ou bien une créance d'indemnité, si le propriétaire les reprend, ou bien la propriété de matériaux, s'il exige leur démolition. La cession donnera, suivant le cas, ouverture au droit de 1 0/0 ou de 2 0/0.

586. — Il ne se présente quelque difficulté qu'au cas de convention, relative aux constructions, passée entre le propriétaire sous condition résolutoire et le propriétaire sous condition suspensive, notamment lorsque la condition résolutoire ou la révocation s'est produite.

Une distinction s'impose :

1° Lorsque la résolution du contrat ne donne pas lieu à la perception d'un nouveau droit proportionnel, il n'y a, à propos des constructions que garde le propriétaire qui reprend son immeuble, qu'un règlement d'indemnité : par conséquent le droit de 0 fr. 50 0/0 est seul exigible. Les constructions en effet lui appartiennent en ce cas en vertu d'un transfert de propriété, mais *ex causa primæva et antiqua*.

2° Au cas où la résolution ou révocation donne lieu à la perception d'un nouveau droit proportionnel comme revente (1), le droit doit être liquidé tant sur la valeur du fonds que sur celle des constructions élevées par le propriétaire évincé (dans le cas où elles ne sont pas enlevées, évidemment). En effet, puisqu'on considère alors la résolution com-

(1) Il sortirait du cadre de ce travail d'indiquer les cas où il y a lieu à un nouveau droit proportionnel, et ceux où un simple droit fixe peut seul être perçu.

me une rétrocession ou une revente, la nouvelle mutation comprend le fonds et les constructions : le droit proportionnel de mutations immobilières sera donc perçu sur tout le prix que le propriétaire évincé doit recevoir.

587. — Application a été faite de cette dernière règle dans un cas qui ne laissait pas de présenter quelque difficulté :

Un jugement a prononcé la résolution de la vente d'un terrain sur lequel l'acquéreur avait élevé des constructions : lors de l'enregistrement de ce jugement on n'avait perçu l'impôt que sur le prix stipulé dans l'acte de vente. Puis un second jugement a attribué ces constructions au vendeur originaire en paiement d'une créance : celui-ci avait voulu se soustraire au paiement du droit de 5 fr. 50 0/0, exigible sur les constructions, sous le prétexte que l'administration aurait dû percevoir ce droit sur le premier jugement.

Le tribunal de la Seine l'a condamné au paiement. Nous pensons qu'il faut admettre cette décision (1).

588. — Une autre application du même principe a été faite dans un cas de donation avec droit de rachat.

Le donateur d'un terrain s'était réservé le droit de le racheter, soit en abandonnant un autre terrain, soit en en payant la valeur. Usant du droit qu'il s'était réservé, ce donateur rentra en possession du terrain et des constructions que le donataire y avait élevées, en payant à celui-ci la valeur du tout. C'est avec raison, selon nous, que le droit de 5 fr. 50 0/0 a été perçu sur la totalité du prix (2).

589. — En ce qui concerne l'exercice du réméré, il y a lieu de distinguer suivant que le vendeur use de sa faculté de rachat avant ou après l'expiration du délai.

(1) Trib. de la Seine, 1^{er} février 1860, J. E., 47093.

(2) Trib. de Villeneuve, 29 mai 1848, J. E., 14463. — CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, t. VI, nos 356 et s.

Exercé dans le délai, le réméré ne donne lieu qu'au droit de quittance de 0 fr. 50 0/0. Si le vendeur conserve les constructions qu'a élevées l'acheteur, la somme qu'il paiera en sus du prix de rachat aura le caractère d'une indemnité donnant ouverture au même droit de 0 fr. 50 0/0.

Exercé après l'expiration du délai, le réméré constitue une véritable revente ou rétrocession ; le prix comprend alors la valeur des constructions et du sol : l'Administration sera fondée à percevoir le droit de 5 fr. 50 0/0 sur la totalité de ce prix.

590. — Lorsque le fol enchérisseur a construit et que le nouvel adjudicataire conserve les constructions, la jurisprudence décide qu'il y a vente du fol enchérisseur au nouvel adjudicataire et admet par conséquent la perception du droit de 5 fr. 50 0/0 (1).

Nous ne pouvons admettre cette décision. Le nouvel adjudicataire est de plein droit propriétaire des constructions. Ce qu'il paie au fol enchérisseur, s'il les conserve, c'est non pas un prix de vente, mais une indemnité. Nous pensons donc que le droit de 0 fr. 50 0/0 peut seul être perçu.

(1) Trib. de la Seine, 4 janvier 1838, J. E., 11952.

CHAPITRE III

MUTATIONS A TITRE GRATUIT.

592. — Nous avons encore, pour en finir avec le droit fiscal, à indiquer les conséquences du système que nous avons admis en droit civil, au point de vue de l'application des droits encourus par les transmissions gratuites, et notamment par les mutations par décès.

Les solutions que nous avons données au chapitre précédent s'appliquent facilement *mutatis mutandis*. Il nous suffira de bien établir le principe et de signaler les cas d'application les plus intéressants ou les plus pratiques.

SECTION I. — Principe.

593. — Aux termes de l'article 553 du Code civil, le propriétaire du sol est réputé propriétaire des constructions. Donc, quand sur le sol s'élèvent des constructions, elles doivent être comprises dans l'actif immobilier, lors de la déclaration de succession, ou dans l'évaluation au cas de donation de l'immeuble.

L'administration, s'appuyant sur la présomption établie, est fondée à prétendre — jusqu'à preuve du contraire — que le défunt était propriétaire des constructions qui s'élèvent sur le terrain compris dans la déclaration de succession. Sui-

vant les cas, l'administration peut considérer qu'il y a eu omission ou déclaration insuffisante (1).

Mais la présomption de l'article 553 est une présomption *juris tantum*. Elle n'a pas en droit fiscal une portée plus grande qu'en droit civil. Les héritiers pourront donc établir que le sol seul appartenait au *de cujus*, que celui-ci avait renoncé à l'accession et que par conséquent, les constructions ne lui appartiennent pas, la valeur du sol doit seule être comprise dans le calcul de l'impôt de mutation.

594. — Dans la déclaration de la succession du constructeur, il y a lieu de distinguer suivant la nature du droit que nous lui avons reconnu.

Si le constructeur n'a sur les bâtiments qu'un droit mobilier, il y aura lieu de les compromettre dans l'actif mobilier ;

S'il a sur eux un droit immobilier, on les comprendra dans l'actif immobilier. Il en sera ainsi notamment lorsqu'il en est propriétaire.

La même distinction s'applique à la donation qu'il peut faire de son droit (2).

(1) Solution du 8 septembre 1871.

(2) Cette distinction présente intérêt aux cas de donation entre vifs entre parents en ligne directe et entre époux, et de mutation par décès en ligne directe.

On s'en convainc en jetant un regard sur le tableau ci-dessous :

TABLEAU

DES DROITS PROPORTIONNELS D'ENREGISTREMENT ET DE TRANSCRIPTION ENCOURUS PAR LES TRANSMISSIONS GRATUITES (1).

Ligne directe.

Donations entre-vifs	{	1 ^o Par contrat de mariage.....	{	Meubles	1 25 p. 100
			{	Immeubles	1 25+1 50 = 2 75
		2 ^o Hors contrat de mariage	{	Meubles	2 50
			{	Immeubles	2 50+1 50 = 4 »
		3 ^o Partages d'ascendants.....	{	Meubles.....	1 »
			{	Immeubles	1 »+0 50 = 1 50

(1) D'après M. Gabriel Demante.

SECTION II. — Applications.

595. — Ces principes généraux posés, il nous paraît facile de les appliquer aux cas les plus pratiques et les plus intéressants. Nous le ferons brièvement.

§ 1. — Possesseur.

596. — Les constructions élevées par un possesseur appartiennent, au fur et à mesure de leur édification, au propriétaire du sol. C'est donc dans l'actif immobilier de la succession de celui-ci qu'elles doivent être déclarées.

Dans la succession du possesseur, les héritiers déclareront le plus souvent l'immeuble possédé comme détenu en pleine propriété. Le receveur se contentera de cette déclaration : il

Mutations par décès	{	Quelconques sans distinction entre les meubles et les immeubles.....	1 »
		Dispositions testamentaires avec charge de restitution (art. 1069 civ.).....	{
		Meubles.....	1 »
		Immeubles	1 » + 1 50 = 2 50

Époux.

Futurs par contrat de mariage. Donation entre vifs de bien présents.	{	Meubles.....	1 50
		Immeubles	1 50 + 1 50 = 3 »
Donation entre vifs de biens présents pendant le mariage.....	{	Meubles.....	3 »
		Immeubles	3 » + 1 50 = 4 50

Pour les mutations par décès, pas de distinction entre les meubles et les immeubles :

Par donations éventuelles ou testament.	3 fr.
Par succession <i>ab intestat</i>	9 fr.

Entre *collatéraux* ou entre *personnes non parentes*, les droits sont les mêmes sur les mutations mobilières et immobilières.

n'aura pas à rechercher si le défunt était réellement *verus dominus* et percevra le droit des mutations immobilières.

Si les héritiers, sachant exactement à quel titre leur auteur détenait l'immeuble construit déclarent seulement la possession, le droit à percevoir dépend du parti pris dans la controverse sur la nature de la possession. Disons seulement qu'à nos yeux le possesseur constructeur n'ayant à l'occasion des bâtiments qu'il a élevés qu'un droit personnel et mobilier, une créance alternative d'argent ou de matériaux ou une créance simple, — suivant qu'il était de mauvaise ou de bonne foi, — il y aura lieu d'évaluer cette créance pour la porter à l'actif mobilier.

§ 2. — Locataire et superficiaire.

597. — Nous n'avons pas à exposer de nouveau les différents systèmes qui se sont fait jour relativement aux droits du locataire sur les constructions qu'il élève sur le terrain loué.

Avec le système admis par la Cour de cassation, appliqué par l'administration de l'enregistrement, soutenu par le Dictionnaire des droits de l'enregistrement et enseigné par notre professeur M. Binet, le preneur, ayant en général la propriété des constructions qu'il a élevées, c'est dans sa succession qu'elles doivent être comprises, et c'est dans l'actif immobilier qu'il faut les porter.

Pour nous, cette solution n'est exacte que lorsque le propriétaire a renoncé à son droit d'accession, lorsque le preneur est un superficiaire. Dans le cas normal, le preneur n'ayant qu'un droit mobilier, les constructions ne peuvent être portées qu'à l'actif mobilier : tel est le principe, et lorsque l'administration prétend que le preneur était propriétaire, c'est à elle à en fournir la preuve.

598. — La liquidation du droit donne lieu à quelques difficultés.

Lorsque, ainsi que cela a lieu en principe, les constructions appartiennent au propriétaire du sol, ces constructions, avons-nous dit, doivent être comprises dans son actif immobilier lors de la déclaration de sa succession.

En général, c'est le prix du loyer qui sert de base au calcul de l'impôt, en le multipliant par 20 ou par 25, suivant qu'il s'agit d'un immeuble urbain ou rural. Mais le fermage, le loyer ne comprennent que la valeur locative du sol, et non celle des bâtiments. Il y a donc lieu pour la perception de l'impôt de prendre pour base le capital obtenu en multipliant le loyer annuel par 20 ou 25 et en y ajoutant l'estimation des constructions.

Il est vrai que, dans la plupart des cas, le bailleur est tenu de payer une indemnité au preneur dont il conserve les constructions. Les héritiers n'en doivent pas moins payer le droit des mutations par décès sur la totalité de la valeur des constructions, sans qu'il y ait lieu d'en déduire le montant de l'indemnité encore due : c'est une conséquence du principe de la non-distinction des charges. C'est ce principe exorbitant qui fait que les héritiers paient les droits de mutation sur la totalité de la valeur d'un immeuble dont le prix est encore dû.

599. — Parfois, dans le calcul du capital imposable, il ne faut pas prendre pour base le fermage annuel tel qu'il se trouve indiqué au bail. En voici un exemple qui a trait à la matière que nous étudions.

Si le propriétaire du sol a loué son terrain pour dix ans moyennant un loyer annuel de 1.000 fr. et qu'il ait stipulé au bail que le preneur serait obligé d'élever pour 50.000 fr de constructions qui lui resteraient à la fin du bail sans indemnité, le

revenu annuel de l'immeuble se compose en réalité tant du loyer annuel que de la dixième partie du montant des constructions que le preneur doit élever. Le capital, représentant le terrain, est donc non pas 1000×20 , mais 6000×20 , capital auquel il conviendra d'ajouter encore la valeur des constructions.

600. — Lorsqu'il y a de la part du propriétaire du sol renonciation au droit d'accession, c'est le preneur qui se trouve propriétaire des constructions. C'est dans sa succession, non dans celle du bailleur, que les constructions seront comprises.

Mais alors la liquidation du droit offre difficulté à raison du caractère temporaire du droit du preneur.

Il est évident que si le superficiaire a sous-loué le sol et loué les constructions qu'il a édifiées, il ne faudra calculer le droit de mutation par décès que sur la valeur des constructions qui seules lui appartiennent en propriété. Les héritiers devront donc déclarer le produit distinct du terrain et des constructions, afin que le droit de mutation ne soit perçu que sur le revenu de celles-ci (1).

La base de la multiplication est facile à indiquer. Mais opérera-t-on la multiplication par 20 ou 25 ? Nous pensons que non.

La propriété du preneur est temporaire : elle ne peut s'étendre au delà du terme de sa jouissance. A la fin du bail, ce droit de propriété cessera : le preneur ne pourra plus qu'enlever les matériaux. Il serait certainement injuste de percevoir, quelque brève que soit la durée du bail restant à courir, un droit calculé sur 20 ou 25 fois le revenu, absolument comme pour une propriété perpétuelle. L'administra-

(1) Trib. de la Seine, 13 février 1864, J. E., 17931.

tion en pareil cas a liquidé le droit sur le revenu des constructions multiplié par le nombre d'années du bail restant à courir, sans que toutefois ce nombre puisse dépasser 20 ou 25. La Cour de cassation a consacré ce système (1).

On reproche à ce mode de liquidation d'aboutir à ce résultat : lorsque le bail n'a plus qu'une très courte durée lors du décès, on perçoit le droit sur une valeur inférieure à celle des matériaux. Le reproche qu'on adresserait au système qui appliquerait toujours la multiplication par 20 serait beaucoup plus grave : celui-ci ferait subir au contribuable un préjudice bien plus considérable que celui que le système admis peut, exceptionnellement, occasionner au fisc.

§ 3. — **Commandataire et antichrésiste.**

601. — Par application des principes déjà vus, les constructions élevées par l'emprunteur à usage ou par l'antichrésiste seront comprises dans l'actif immobilier du propriétaire du fonds. Dans la déclaration de succession du commandataire ou de l'antichrésiste, il y aura lieu à leur occasion, de porter à l'actif mobilier la valeur de la créance de matériaux ou d'argent qu'ils ont contre le propriétaire du fonds.

§ 4. — **Usufruitier.**

602. — L'usufruitier ayant sur les constructions un droit réel immobilier, la donation qu'il peut faire de ce droit sera une donation d'immeuble.

De même, au cas où le décès de l'usufruitier ne met pas fin à l'usufruit, il y a lieu de percevoir sur la transmission

(1) Cass., 24 novembre 1869, Sir., 1870. I. 133. — J. E., 18772. — Inst. 2397, § 6.

de cet usufruit, portant sur les constructions comme sur le sol, les droits de mutation immobilière. Pour la liquidation de ce droit, nous déciderons — par analogie de la décision que nous venons de donner pour le preneur superficiaire — que le droit doit être liquidé sur dix fois le revenu des constructions, ou sur le produit de ce revenu multiplié par le nombre d'années restant à courir au maximum de dix.

603. — Quand — ainsi que cela se présente le plus souvent — le décès de l'usufruitier met fin à l'usufruit, il y a lieu de percevoir le droit des mutations mobilières ou de ne rien percevoir, suivant le parti qu'on prend dans la controverse soulevée par l'article 599.

Si, comme nous l'avons décidé, l'usufruitier, ou plutôt ses héritiers, ont droit à raison des constructions, soit à une indemnité, soit à la reprise des matériaux, l'impôt des mutations mobilières est dû soit sur l'indemnité, soit sur la valeur des matériaux, suivant le parti qu'aura pris le propriétaire. Si la déclaration de succession précède l'option du propriétaire, l'administration perçoit sur la valeur des matériaux, et réclame un supplément si le nu-propriétaire conserve les bâtiments en payant une indemnité supérieure à la valeur déclarée des matériaux.

Si on pense qu'à la fin de l'usufruit les constructions restent au propriétaire sans indemnité, les héritiers de l'usufruitier n'ont à leur occasion aucun droit : donc rien à déclarer, pas de droit à percevoir.

§ 5. — Mandataire, gérant d'affaire, etc.

604. — Le montant des créances que le mandataire ou le gérant d'affaire a contre le propriétaire est compté à l'actif mobilier de sa succession.

Il est évident que les constructions appartiennent au propriétaire du sol et que c'est à l'actif immobilier de sa succession qu'elles doivent figurer.

§ 6. — **Propriétaire par indivis.**

605. — D'après les règles déjà vues, si des constructions ont été élevées sur un terrain indivis, on doit, au décès de l'un des copropriétaires, déclarer sa part dans les constructions comme dans le sol.

Application a été faite dans un cas qui montre bien les conséquences absolument iniques du principe exorbitant de la non distraction des charges. Un père de famille meurt : l'inventaire constate que le passif de la succession dépasse l'actif. La veuve, pendant la minorité de leurs enfants, fait élever des constructions sur un héritage dépendant de la communauté. L'un des enfants vient à mourir. On doit déclarer sa part dans les constructions comme dans le terrain : les droits sont perçus sur le tout. Sans doute, l'actif de la succession étant inférieur au passif, l'enfant décédé n'avait rien recueilli qui pût être employé aux constructions, et celles-ci ont été élevées aux frais de la mère : il en est résulté, non que la veuve était propriétaire des constructions, mais seulement qu'elle était créancière de ses enfants (1).

§ 7. — **Propriétaire sous condition résolutoire.**

606. — Aucune difficulté.

Si le propriétaire sous condition résolutoire meurt *pendente conditione*, ses héritiers paieront les droits sur les cons-

(1) J. E. 13240-6.

tructions comme sur le sol. Après la condition défaillie, même solution *a fortiori*.

Après l'arrivée de la condition, le propriétaire sous condition résolutoire n'est plus propriétaire. Il ne peut rester dans son patrimoine, à l'occasion des constructions qu'il a élevées qu'une créance d'indemnité ou des matériaux qui figurent à l'actif mobilier.

APPENDICE.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

607. — Le sujet que nous venons de traiter est susceptible de généralisaion. Nous l'avons étudié en droit privé. Supposons maintenant qu'au lieu de s'élever entre simples particuliers, le conflit s'élève entre États.

C'est, par exemple, un État qui, soit par erreur, soit pendant une occupation, exécute sur le territoire d'un autre État des travaux considérables : percement d'un tunnel, creusement d'un port, construction de bâtiments pour les services publics, etc. La solution que nous avons donnée en droit privé nous paraît encore exacte. Ces travaux se trouvent appartenir à l'État sur le territoire duquel ils ont été faits. Il nous paraît équitable d'offrir à celui-ci le choix entre leur conservation et leur suppression, si elle est possible. Et il nous semble certain qu'au cas où il les conserve, une indemnité sera due à l'État constructeur.

Nous ne connaissons pas de cas où il y ait eu lieu de faire application de ce principe : il n'en est pas moins certain (1).

(1) V. CHRÉTIEN, *Principes de droit international public*, n° 423, note 3, p. 395 et 396.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Le simple pacte engendre une obligation naturelle.

II. — Dès la période classique, le paiement indu fait par une erreur de droit ne peut être répété par le *condictio indebiti*.

III. — Au point de vue de l'exercice de l'action paulienne, la constitution de dot est un contrat à titre onéreux à l'égard du mari. A l'égard de la femme, il n'en est de même que pour la dot constituée par le père : la constitution par un étranger lui donne le caractère d'une libéralité.

IV. — Dans la loi 77, Dig. *de regulis juris* (L, 17), il faut entendre par *actus legitimi* tous les actes dont la loi détermine les conditions d'existence et les effets : il faut considérer que cette loi signale seulement certains de ces actes qui excluent le terme et la condition.

DROIT CIVIL.

I. — Le tuteur de l'enfant naturel est nommé par le tribunal.

II. — Bien que l'action en nullité ou rescision d'une convention se prescrive par dix ans (art. 1304), la nullité peut encore être invoquée par voie d'exception après l'expiration de ce délai.

III. — Lorsque l'un des époux a aliéné un propre moyennant une rente viagère, il y a lieu à récompense en sa faveur lors de la dissolution de la communauté : cette récompense est égale à la différence entre les arrérages perçus et les intérêts qu'eût produits le prix du propre en cas de vente ordinaire.

IV. — Le bail d'un immeuble confère au locataire un droit personnel et mobilier.

DROIT CRIMINEL.

I. — Le président des Assises ne peut retirer la parole au défenseur qui développe devant le jury des considérations relatives à la durée et à la nature de la peine applicable.

II. — Le sursis conditionnel à l'exécution de la peine, introduit dans notre législation par la loi du 26 mars 1891, s'applique à toutes les peines d'emprisonnement et d'amende sans qu'il y ait à distinguer suivant la nature de l'infraction ou suivant la juridiction saisie : il s'applique notamment aux contraventions de simple police et aux délits fiscaux, il peut être prononcé par les juridictions administratives. La seule exception est celle portée en l'art. 7 relativement aux tribunaux militaires.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

Le renouvellement partiel de la Chambre des Députés est préférable au renouvellement intégral.

DROIT FISCAL.

Lorsqu'un écrit présenté à l'enregistrement relate qu'une compensation légale s'est opérée, il n'y a pas lieu de percevoir le droit proportionnel de libération, mais seulement un droit fixe.

Vu :

Nancy, le 13 novembre 1893

Le Doyen,

E. LEDERLIN.

Vu :

Nancy, le 13 novembre 1893

Le Président de l'acte public,

R. BLONDEL.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 13 novembre 1893

Le Recteur,

A. GASQUET.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE.	1
BIBLIOGRAPHIE.	V

PREMIÈRE PARTIE. — DROIT ROMAIN.

<i>Introduction</i>	1
CHAPITRE PREMIER. — Principes.	7
CHAPITRE II. — Des constructions élevées par un possesseur	14
SECTION PREMIÈRE. — Constructions élevées par un possesseur de bonne foi	17
§ I. — Le constructeur de bonne foi possède.	17
§ II. — Le constructeur ne possède plus	28
SECTION II. — Constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi.	38
CHAPITRE III. — Des constructions élevées sur le terrain d'autrui par tout autre qu'un possesseur	48
SECTION PREMIÈRE. — Constructions élevées par un détenteur précaire.	50
§ I. — Détenteurs précaires à droit personnel.	50
I. — Locataire.	51
II. — Commodataire, précariste, gagiste, antichrésiste . .	53
§ II. — Détenteurs précaires à droit réel	56
I. — Usufruitier.	57
II. — Superficiaire	60
III. — Emphytéote.	64
SECTION II. — Constructions élevées par un mandataire et par un gérant d'affaire.	66

SECTION III. — Constructions élevées par un mari.	66
SECTION IV. — Constructions élevées par un copropriétaire ou un associé.	70
SECTION V. — Constructions élevées par un propriétaire sous conditions résolutoire.	73

DEUXIÈME PARTIE. — DROIT CIVIL.

<i>Introduction</i>	79
CHAPITRE PREMIER. — Principes.	84
SECTION PREMIÈRE. — Du droit d'accession.	85
§ I. — Du principe : qui a le sol a le bâtiment	87
§ II. — Effets généraux de l'accession	92
§ III. — Du droit d'exiger la démolition.	97
§ IV. — Principe de l'indemnité due au constructeur.	102
SECTION II. — Des préparations de l'art. 553.	107
SECTION III. — Du caractère immobilier des constructions	114
<i>Division</i>	119
CHAPITRE II. — Des constructions élevées par un possesseur de l'art. 555.	121
SECTION PREMIÈRE. — Des constructions élevées par un possesseur de mauvaise foi.	128
§ I. — Le propriétaire oblige le constructeur à démolir. . . .	131
§ II. — Le propriétaire conserve les constructions.	137
SECTION II. — Des constructions élevées par un possesseur de bonne foi.	144
SECTION III. — Du droit de rétention.	163
§ I. — Premier système : Le possesseur a un droit de rétention.	164
§ II. — Deuxième système : Le possesseur de bonne foi seul a le droit ; le possesseur de mauvaise foi ne l'a pas.	166
§ III. — Troisième système : Le possesseur n'a pas le droit de rétention.	168
SECTION IV. — Portée de l'article 555 : à quels travaux il s'applique.	171
CHAPITRE III. — Des constructions élevées par un détenteur précaire.	183
SECTION PREMIÈRE. — Des constructions élevées par un locataire .	184

§ I. — Le locataire peut-il construire.	485
§ II. — Situation juridique des constructions pendant le bail.	487
§ III. — Situation juridique des constructions à la fin du bail.	204
§ IV. — Des travaux autres que les constructions.	214
§ V. — Des clauses relatives aux constructions insérées au bail.	219
SECTION II. — Des constructions élevées par un emphytéote.	220
SECTION III. — Des constructions élevées par un commodataire.	226
§ I. — L'emprunteur à usage peut-il construire.	227
§ II. — Situation juridique des constructions pendant le prêt.	227
§ III. — Situation juridique à la fin du prêt.	227
§ IV. — Des travaux autres que des constructions.	228
SECTION IV. — Des constructions élevées par un créancier anti-chrésiste.	230
SECTION V. — Des constructions élevées par un usufruitier.	235
§ I. — L'usufruitier peut-il construire.	235
§ II. — Situation juridique des constructions pendant l'usufruit.	241
§ III. — Droits de l'usufruitier et du nu propriétaire à la fin de l'usufruit.	242
CHAPITRE IV. — Des constructions élevées par un gérant d'affaires ou un mandataire.	259
SECTION PREMIÈRE. — Des constructions élevées par un gérant d'affaire.	260
SECTION II. — Des constructions élevées par un mandataire.	264
SECTION III. — Des constructions élevées par le tuteur et par le père administrateur légal des biens de son enfant mineur.	270
SECTION IV. — Des constructions élevées par un mari.	275
§ I. — Communauté légale.	275
§ II. — Communauté conventionnelle et autres régimes modifiant ou excluant la communauté légale.	278
§ III. — Régime dotal.	279
CHAPITRE V. — Des constructions élevées par un propriétaire par indivis ou sous condition.	282
SECTION PREMIÈRE. — Des constructions élevées par un copropriétaire.	282
§ I. — Des associés.	282
§ II. — Des communistes.	286
SECTION II. — Des constructions élevées par un propriétaire sous condition suspensive.	297

SECTION III. — Des constructions élevées par un propriétaire sous condition résolutoire.	300
§ I. — Théorie générale.	300
§ II. — Examen des cas particuliers.	308
I. — De l'envoyé en possession provisoire ou définitive des biens de l'absent	309
II. — Du donataire soumis au rapport de l'immeuble donné.	313
III. — Du donataire dont la donation est réduite comme excédant la quotité disponible	317
IV. — Du donataire soumis à la clause de retour conventionnel.	319
V. — Du donataire dont la donation vient à être révoquée	320
VI. — Du grevé de substitution.	323
VII. — De l'époux donataire de son conjoint.	323
VIII. — De la condition résolutoire tacite dans les contrats synallagmatiques.	324
IX. — Résolution de la vente sur la demande de l'acheteur évincé.	325
X. — De la résolution de la vente pour vices rédhibitoires.	327
XI. — De la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix	329
XII. — <i>Factum displicentiae</i>	329
XIII. — De l'acheteur à réméré.	330
XIV. — Du tiers d'un immeuble hypothéqué ou grevé d'un privilège	335
XV. — Du fol enchérisseur.	340
 CHAPITRE VI. — Du droit de superficie	 341
SECTION PREMIÈRE. — Historique	342
SECTION II. — De l'existence du droit de superficie dans notre droit actuel.	344
SECTION III. — Nature du droit de superficie	347
SECTION IV. — Comment s'établit le droit de superficie.	352
§ I. — Titre	353
§ II. — Prescription	357
SECTION V. — Comment s'éteint le droit de superficie	360
SECTION VI. — Du bail à domaine congéable	362
 APPENDICE. — Des constructions élevées sur le terrain d'autrui par empiètement.	 364

TROISIÈME PARTIE. — DROIT FISCAL.

<i>Introduction</i>	375
CHAPITRE PREMIER. — De l'accession.	378
CHAPITRE II. — Transmissions et conventions à titre onéreux	380
SECTION PREMIÈRE. — Possesseur de bonne ou de mauvaise foi	381
§ I. — Conventions avec un tiers	381
§ II. — Conventions avec le propriétaire	383
SECTION II. — Locataire et superficiaire	388
§ I. — Exposé de la jurisprudence et de la doctrine	389
I. — Jurisprudence de la Cour de cassation	389
II. — Jurisprudence des tribunaux de première instance	390
III. — Doctrine	393
IV. — Administration	398
§ II. — Critique	399
§ III. — Applications des principes	409
I. — Conventions entre le preneur et un tiers	409
A. — Pendant le bail	409
B. — A la fin du bail	409
II. — Conventions entre le preneur et le propriétaire	416
A. — Lors du bail	417
B. — Pendant le bail	420
C. — Enfin de bail	422
§ IV. — Des cessions faites par le bailleur	425
APPENDICE I. — De l'emphytéote	426
APPENDICE II. — Du superficiaire perpétuel	427
APPENDICE III. — Du bail à domaine congéable	427
SECTION III. — Emprunteur à usage ou commodataire	428
SECTION IV. — Antichrésiste	429
SECTION V. — Usufruitier	430
SECTION VI. — Mandataire	432
SECTION VII. — Copropriétaire	432
SECTION VIII. — Propriétaire sous condition résolutoire	433
CHAPITRE III. — Mutations à titre gratuit	437
SECTION PREMIÈRE. — Principe	437
SECTION II. — Applications	439
§ I. — Possesseur	439

§ II. — Locataire et superficiaire.	440
§ III. — Commodataire et antichrésiste	443
§ IV. — Usufruitier	443
§ V. — Mandataire, gérant d'affaires, etc.	444
§ VI. — Propriétaire par indivis	445
§ VII. — Propriétaire sous condition résolutoire.	445

APPENDICE.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

POSITIONS	449
TABLE DES MATIÈRES.	451

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, St-Dizier, 30, passage Verdeau, Paris.
